

Sygn. akt V ACa 430/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 lutego 2017r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Barbara Kurzeja
Sędziowie:	SA Grzegorz Stojek (spr.) SA Aleksandra Janas
Protokolant:	Diana Starzyk

po rozpoznaniu w dniu 17 lutego 2017r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa M. D.

przeciwko (...) w C.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie

z dnia 26 lutego 2016r., sygn. akt V GC 144/15,

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 150.000 (sto pięćdziesiąt tysięcy) złotych z ustawowymi odsetkami za okres od 5 listopada 2015r. do 31 grudnia 2015r. oraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie za okres od 1 stycznia 2016r.,
- zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 11.117 (jedenaście tysięcy sto siedemnaście) złotych tytułem kosztów procesu;

2. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 12.900 (dwanaście tysięcy dziewięćset) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Aleksandra Janas	SSA Barbara Kurzeja	SSA Grzegorz Stojek
----------------------	---------------------	---------------------

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Częstochowie, po pierwsze, oddalił powództwo M. D. przeciwko (...) w C. o zapłatę kwoty 150.000 zł z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu oraz kosztami procesu, po drugie, orzekł o kosztach procesu.

Rozstrzygnięcie oparł o następujące ustalenia faktyczne i oceny prawne.

Pozwana ogłosiła przetarg na realizację robót budowlanych związanych z przebudową segmentu (...) przy ul. (...) w C.. Konsorcjum, które tworzyli powód, Z. S., Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w C. i Z. M., złożyło ofertę na wykonanie robót budowlanych o wartości 5.977.800 zł. Powód był liderem konsorcjum.

Pozwana w dniu 16 grudnia 2014 r. wezwała powoda, żeby w terminie do 19 grudnia 2014 r. uzupełnił ofertę złożoną przez uczestników konsorcjum przez złożenie opłaconej polisy potwierdzającej ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia bądź, w razie braku polisy, przez złożenie innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W wezwaniu zawarta była informacja, że żądany dokument musi potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie później niż w dniu składania ofert, to jest 15 grudnia 2014 r.

W dniu 19 grudnia 2014 r. powód złożył polisę nr (...), obejmującą ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej powoda w okresie od 13 grudnia 2014 r. do 12 października 2015 r., która została opłacona w dniu 16 grudnia 2014 r.

Pozwana w dniu 19 grudnia 2014 r. wezwała uczestników konsorcjum do udzielenia wyjaśnień dotyczących oferty, mających wpływ na wysokość ceny, a także do złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości i kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia oraz wskazania zakresu czynności wykonywanych przez te osoby oraz informację o podstawie dysponowania tymi osobami. Termin do usunięcia braków oferty wyznaczono na dzień 23 grudnia 2014 r.

W dniu 29 grudnia 2014 r. pozwana dokonała wyboru najkorzystniejszej oferty.

Oferta konsorcjum, którego liderem był powód, została odrzucona, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity w Dz. U. z 2015 r. poz. 2164; dalej: p.z.p.), ponieważ wykonawca został wykluczony, gdyż nie spełniał warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na przedłożenie polisy, o jakiej była mowa, opłaconej dzień po dacie składania ofert.

Sąd Okręgowy wskazał dowody, na których się oparł.

Wyjaśnił, że powód jest czynnie legitymowany w sprawie. Był liderem konsorcjum, od którego członków w dniu 8 grudnia 2014 r. otrzymał pełnomocnictwo do reprezentowania ich we wszystkich sprawach dotyczących postępowania przetargowego, w tym do podpisywania dokumentów przetargowych, prowadzenia negocjacji z inwestorem, reprezentowania ich na placu budowy, podpisywania umowy na roboty budowlane, a także reprezentowania ich we wszystkich innych sprawach dotyczących złożenia wspólnej oferty oraz realizacji zadania. Pełnomocnictwo nie obejmowało reprezentowania członków konsorcjum przed sądem, w celu dochodzenia roszczeń. Powód w niniejszej sprawie działa jednak w imieniu własnym. W razie dochodzenia przez konsorcjantów roszczeń przeciwko zamawiającemu, wynikających ze wspólnego udziału w postępowaniu przetargowym, uprawnienie do dochodzenia roszczeń nie przysługuje samodzielnie żadnemu z członków konsorcjum. Do dochodzenia zwrotu zatrzymanego wadium, gdy wykonawcy wspólnie ubiegali się o zamówienie, uprawniony jest ten z nich, który wpłacił wadium,

albowiem postępowanie przetargowe zakończyło się wyborem najkorzystniejszej oferty i art. 23 p.z.p. nie ma zastosowania w kwestii oceny legitymacji czynnej powoda.

Obowiązek wniesienia wadium w wysokości 150.000 zł obciążał oferenta, a tym było konsorcjum firm i zgodnie z punktem 10.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) wadium mogło być wniesione przez: wpłatę (przelewem na rachunek bankowy zamawiającego), poręczenie bankowe bądź złożenie gwarancji bankowych, czy ubezpieczeniowych. Wadium należało wnieść do upływu terminu składania ofert. Polisę, o której była mowa, złożył powód. Zatem zatrzymanie wadium przez pozwaną rodziło roszczenie powoda, który jest legitymowany czynnie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia.

Zgodnie z punktem 7.1 SIWZ, warunkiem dopuszczenia do udziału w przetargu była opłacona polisa ubezpieczeniowa, przy czym warunek ten miał być spełniony na dzień składania ofert. Ponieważ powód opłacił polisę dzień po terminie składania ofert, tym samym w dniu ich składania nie była opłacona. Nie spełniała więc wymagania, o jakim była mowa.

Sąd Okręgowy wskazał na treść art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p., zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie o którym mowa w art. 46 ust.3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Zwrócił uwagę na punkt 10.11 SIWZ, będący powtórzeniem art. 46 pkt 4a p.z.p., zawierający postanowienie, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., nie złożył dokumentów lub oświadczeń, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Stwierdził też, że ponadto zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, zgodnie z art. 46 pkt 5 p.z.p., jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, po pierwsze, odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, po drugie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, po trzecie, zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że podstawą zatrzymania wadium, o jakie chodzi w sprawie, jest art. 46 pkt 4a p.z.p., wobec wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego z uwagi na niezłożenie polisy opłaconej 15 grudnia 2014 r. Wyraził pogląd, że celem art. 46 pkt 4a p.z.p. jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił dokumentów lub oświadczeń, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. z sytuacją wykonawcy, który uchyla się od zawarcia umowy.

Sąd Okręgowy podkreślił, że bezsporne jest między stronami, że oferta złożona przez uczestników konsorcjum, którego liderem był powód, była najkorzystniejsza i gdyby został spełniony wymóg opłacenia polisy na dzień 15 grudnia 2014 r., zostałaby wybrana.

Wyraził pogląd, że jedyną możliwością uchronienia się wykonawcy od utraty wadium jest wykazanie, że niespełnienie wymogu spowodowane było przyczynami nieleżącymi po stronie powoda. W toku procesu powód jednak nie wyjaśnił, co było przyczyną, że nie spełnił wymogu, o jakim była mowa, chociaż to jego obciążał obowiązek dowodzenia (art. 6 k.c.). Niesprostanie temu obowiązkowi przez powoda skutkuje uznaniem, że nie wykazał przesłanek uzasadniających zwrot wadium.

Zatrzymanie wadium było zatem zasadne w ocenie Sądu Okręgowego, z uwagi na wykluczenie z udziału w przetargu uczestników konsorcjum, którego liderem był powód.

Zdaniem Sądu Okręgowego, „brak jest podstaw do zwrotu zatrzymanej kaucji gwarancyjnej, a to z uwagi na zaistnienie przesłanek do zatrzymania kaucji gwarancyjnej wobec wykluczenia powoda z przetargu”, przez co pozwana nie jest bezpodstawnie wzbogacona kosztem powoda.

Jako podstawę rozstrzygnięcia co do istoty sprawy, Sąd Okręgowy wskazał art. 405 k.c.

Orzeczenie o kosztach procesu umotywował treścią art. 98 k.p.c. oraz § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jednolity w Dz. U. z 2013 r. poz. 490 z późn. zm.).

W apelacji powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje.

Zarzucił naruszenie przepisów postępowania przez poczynienie ustalenia sprzecznego z zebrany materiał dowodowy, że miał możliwość złożenia potwierdzenia opłaty polisy w dniu 15 grudnia 2014 r.

Ponadto zarzucił naruszenie prawa materialnego, mianowicie art. 46 ust. 4a p.z.p.

W odpowiedzi na apelację pozwana wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i, jako prawidłowe, przyjmuje je za własne.

Sąd drugiej instancji uzupełnia te ustalenia o okoliczności bezsporne między stronami, objęte twierdzeniami powoda zawartymi w pozwie, którym pozwana nie zaprzeczyła. Mianowicie powód wniósł wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej przez (...) S.A. w S., w której ubezpieczyciel oświadczył, jako gwarant, że bezwarunkowo i nieodwołalnie zobowiązuje się wypłacić pozwanej kwotę 150.000 zł tytułem wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o które chodzi w sprawie. Z tytułu wadium gwarant w dniu 25 marca 2015 r. wypłacił pozwanej kwotę 150.000 zł. Z kolei powód w ugodzie zawartej z gwarantem w dniu 8 maja 2015 r. zobowiązał się zapłacić na rzecz (...) S.A. w S. kwotę 150.00 zł tytułem zwrotu wypłaconego wadium w kwocie 150.000 zł, w ratach określonych ugodą, którą realizuje.

W okolicznościach sprawy, w której powód nie kwestionuje zasadności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie ma znaczenia dla jej rozstrzygnięcia, czy powód miał możliwość złożenia polisy opłaconej w dniu 15 grudnia 2014 r., skoro opłacił ją dopiero dzień później (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2014 r., IV CSK 291/13, LEX nr 1441196).

Znaczenie ma natomiast, że oferent wykonał wezwanie do uzupełnienia oferty w terminie do 19 grudnia 2014 r., składając w wyznaczonym czasie polisę potwierdzającą zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wykonawcy w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w okresie od 13 grudnia 2014 r. do 12 października 2015 r., która została opłacona w dniu 16 grudnia 2014 r.

Istotą sprawy jest bowiem uprawnienie pozwanej, jako zamawiającego, do zatrzymania wadium.

Z art. 46 ust. 1 p.z.p., stanowiącego, że zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem 46 ust. 4a p.z.p., wynika, że zasadą jest zwrot wadium, zaś wyjątkiem jego zatrzymanie w oparciu o art. 46 ust. 4a p.z.p. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2013 r., V CSK 531/12, LEX nr 1424860).

W czasie, w którym wykonawca odpowiedział na wezwanie pozwanej do uzupełnienia oferty do 19 grudnia 2014 r., składając w wyznaczonym czasie polisę, o jakiej była mowa, lecz o składce opłaconej dopiero 16 grudnia 2014 r., art. 46 ust. 4a p.z.p. stanowił, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub

oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 p.z.p., lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Zmiana treści art. 46 ust. 4a p.z.p., jaka została dokonana z dniem 28 lica 2016 r. przez art. 1 pkt 64 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020) nie miałyby zresztą i tak znaczenia dla sprawy. Polega ona bowiem na dodaniu dalszych okoliczności stanowiących podstawę zatrzymania wadium, o jakie w sprawie i tak nie chodzi.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego ukształtował się pogląd, który Sąd Apelacyjny podziela, że art. 46 ust. 4a p.z.p. należy interpretować z uwzględnieniem reguł wykładni celowościowej. Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, gdy wykonawca nie składa dokumentu lub oświadczenia, to jest w razie ich fizycznego braku. Przepis ten nie ma natomiast zastosowania, jeżeli wykonawca złoży dokument lub oświadczenie, w tym takie, które nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym. Zatrzymanie wadium może nastąpić jedynie wówczas, gdy niezłożenie dokumentów lub oświadczeń było zawinione przez wykonawcę, przy czym konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niezastosowaniu się do wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń. Inaczej mówiąc, zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p. może być uzasadnione tylko wtedy, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., nie złożył, ze swej winy, żadnych dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. Przepis art. 46 ust. 4a p.z.p. ma bowiem przeciwdziałać ryzyku zmowy wykonawców, zaś o istnieniu takiego ryzyka można byłoby mówić w razie całkowitej bierności wykonawcy, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Możliwe staje się wówczas wykorzystywanie instytucji wadium jako sposobu na uzyskanie nienależnego przysporzenia. Odmienną wykładni nie dałoby się pogodzić z dyrektywą zacieśniającego tłumaczenia regulacji wyjątkowych (*exceptiones non sunt extentendae*) o szczególnie restrykcyjnym charakterze, do których niewątpliwie należy zaliczyć art. 46 ust. 4a p.z.p. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, LEX nr 951295, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r., I CSK 444/12, LEX nr 1318297; wyrok Sądu Najwyższego z 10 maja 2013 r., I CSK 422/12, LEX nr 1331255).

Powód nie miał zatem obowiązku udowodnienia, że niezłożenie polisy ubezpieczeniowej opłaconej najpóźniej 15 grudnia 2014 r. nastąpiło z przyczyny, która go nie obciąża.

Z okoliczności sprawy jednoznacznie wynika, że w ogóle nie wystąpiła sytuacja uprawniająca pozwaną (zamawiającego) do zatrzymania wadium (odmowy zwrotu jego wartości) na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p. Wykonawca złożył żądany dokument, tyle że niespełniający wymogu, od którego zależało dopuszczenie do udziału w przetargu. Nie zachował się zatem w sposób zrównany z postępowaniem osoby uchylającej się od zawarcia umowy, co wymaga podkreślenia z uwagi na ratio legis przepisu art. 46 ust. 4a p.z.p. (zapobieżenie znowi cenowej).

Wbrew Sądowi Okręgowemu, powództwo o zwrot wadium (jego wartości) zasługiwało na uwzględnienie na podstawie art. 410 w związku z art. 405 k.c., skoro nie wystąpiła podstawa do zatrzymania wadium. Do jego zwrotu pozwana jest obowiązana na podstawie art. 46 ust. 1 p.z.p.

Powód nie twierdził i nie dowodził w procesie, że przed wniesieniem pozwu wezwał pozwaną do zapłaty dochodzonej kwoty 150.000 zł tytułem zwrotu wadium. Za wezwanie do zapłaty może być więc uznany dopiero pozew, którego odpis został pozwanej doręczony w dniu 4 listopada 2015 r. Wprawdzie w aktach sprawy nie ma dowodu doręczenia odpisu pozwu, ale w części wstępnej odpowiedzi na pozew pozwana odnotowała, że otrzymała odpis pozwu w dniu 4 listopada 2015 r. (k. 14). Świadczenie powinna więc spełnić niezwłocznie po doręczeniu odpisu pozwu, jako wezwania do zapłaty (art. 455 k.c.). Oznacza to, że nie dokonując zapłaty, pozwana pozostaje w opóźnieniu w spełnieniu świadczenia pieniężnego od 5 listopada 2015 r. Uprawnia to powoda do żądania odsetek za opóźnienie w wysokości ustawowej na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. w brzmieniu obowiązującym przed 1 stycznia 2016 r. i od tego dnia.

Zgodnie z art. 98 § 1 i 3 w związku z art. 99 k.p.c. powód, jako wygrywający proces, zasadnie zażądał zasądzenia kosztów procesu, które podlegają zasądzeniu na podstawie ostatnio wskazanych przepisów, uwzględniając opłatę od pozwu, którą uiścił (7.500 zł), zapłaconą opłatę skarbowej od pełnomocnictwa (17 zł) oraz wynagrodzenie radcy prawnego według stawki określonej w § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jednolity w Dz. U. z 2013 r. poz. 490 z późn. zm.) w związku z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. poz. 1804 z późn. zm.).

Reasumując, zaskarżony wyrok – na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. – podlegał zmianie przez zasądzenie dochodzonej kwoty 150.000 zł z odsetkami za opóźnienie, o których była już mowa, a także kosztami procesu.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do wyniku sprawy w drugiej instancji i wartości przedmiotu zaskarżenia, a to na podstawie art. 98 § 1 i 3 w związku z art. 99 k.p.c. w związku z § 2 pkt 6 w związku z § 10 ust. 1 pkt 2 powołanego już rozporządzenia ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w związku z § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. poz. 1667).

SSA Aleksandra Janas SSA Barbara Kurzeja SSA Grzegorz Stojek