

Sygn. akt I ACa 97/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 marca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu, I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Marek Górecki /spr./
Sędziowie:	SA Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga SA Jerzy Geisler
Protokolant:	st.sekr.sąd. Sylwia Stefańska

po rozpoznaniu w dniu 6 marca 2013 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **T. K. (1), T. K. (2), D. N. i M. W.**

przeciwko **Wojewódzkiemu Szpitalowi (...)** w K.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu, XIII Wydział Cywilny z siedzibą w Lesznie

z dnia 28 listopada 2012 r., sygn. akt XIII C 418/12

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od pozwanego na rzecz powodów solidarnie kwotę 2.700 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga Marek Górecki Jerzy Geisler

I ACa 97/13

UZASADNIENIE

Powodowie T. K. (1) i T. K. (2), D. N. i M. W. wnieśli o zasądzenie solidarnie na ich rzecz od pozwanego Wojewódzkiego Szpitala (...) w K. kwoty 140.000 zł z tytułu bezprawnego zatrzymania wadium. Wnieśli również o zasądzenie od pozwanego na ich rzecz kosztów procesu.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości.

Wyrokiem z dnia 28 listopada 2012 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu Ośrodek Zamiejskowy w Lesznie zasądził od pozwanej na rzecz powodów solidarnie kwotę 140.000 zł wraz z kosztami procesu.

Podstawą tego orzeczenia były następujące ustalenia faktyczne:

Powodowie jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w ramach tzw. konsorcjum, byli uczestnikami postępowania przetargowego w trybie przetargu nieograniczonego na adaptację budynku Dom P.'a na Oddział Uzależnień oraz Oddział (...). Zamawiającym był pozwany Wojewódzki Szpital (...) w K.. Przetarg na wykonanie adaptacji został ogłoszony w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 października 2011 r. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający w pkt. 10 zawarł szczegółowy opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zastrzeżenie, że w przypadku gdy wykonawcy nie spełnią określonych przez zamawiającego warunków zostaną wykluczeni z przetargu. Między innymi:

- zamawiający uzna, że warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia został spełniony, jeżeli wykonawcy dysponują osobą, która może pełnić funkcję kierownika budowy przy wykonywaniu prac ogólnobudowlanych oraz osobami, które mogą pełnić funkcje kierowników robót branż elektrycznej i sanitarnej posiadających uprawnienia do wykonywania tych prac, dysponują osobami zdolnymi wykonać zamówienie lub będą w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności;
- zamawiający uzna, że warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej został spełniony jeżeli wykonawcy posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę co najmniej 5.000.000 zł.

Natomiast pkt. II określał, jakie dokumenty powinien złożyć wykonawca składający ofertę dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym. Powód złożył ofertę na wykonanie prac oraz gwarancję wadialną wystawioną przez (...) S.A. w S. z dnia 21 października 2011 r.

W dniu 27 października 2011 r. zamawiający wezwał powoda do uzupełnienia dokumentów twierdząc, że z załączonej oferty nie wynika spełnienie warunku „posiadania osób zdolnych wykonać zamówienie” oraz że w ofercie brakuje dokumentów potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej, finansowej czyli polisy OC na kwotę 5.000.000 zł. W odpowiedzi na to wezwanie powodowie pismem z dnia 27 października 2011 r. złożyli wyjaśnienia, w których poinformowali, że dysponują osobami zdolnymi wykonać zamówienie oraz że co do zasady potencjał konsorcjum podlega zsumowaniu i tym samym warunek posiadania polisy na kwotę 5.000.000 zł został spełniony. Pozwany w dniu 28 października 2011 r. poinformował powoda o wyborze najkorzystniejszej oferty i o wykluczeniu powodów z postępowania z powołaniem się na okoliczność, że nie wykazali spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu (co do personelu zdolnego wykonać zamówienie i potencjału ekonomicznego, bo żaden z wykonawców samodzielnie nie spełnia warunku posiadania indywidualnej polisy na kwotę 5.000.000 zł). Po wykluczeniu powodów z postępowania pozwany skierował pismo do podmiotu, który powodowi udzielił gwarancji wadialnej - o zatrzymaniu wadium i wezwał go do realizacji zobowiązania pieniężnego z gwarancji. (...) S.A. wypłacił pozwanemu kwotę gwarancji, a następnie wezwał powodów do zapłaty kwoty przekazanej pozwanemu. Powodowie spełnili żądanie ubezpieczyciela i zapłacili mu pełną kwotę 140.000 zł. Pismem z dnia 22 listopada 2011 r. powodowie zwrócili się do pozwanego aby odstąpił od czynności zatrzymania wadium, jednak pozwany odmówił.

Na gruncie ustalonych okoliczności faktycznych Sąd Okręgowy uznał powództwo za zasadne.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych (p.z.p.) z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem pozwanego, powodowie nie wykazali, że dysponują osobami zdolnymi wykonać zamówienie oraz nie spełnili warunku

dotyczącego sytuacji ekonomicznej, finansowej w sytuacji nieprzedłożenia polisy OC na kwotę 5.000.000 zł, co zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt.5 p.z.p. uzasadniało odrzucenie oferty powodowego wykonawcy.

Z argumentacją pozwanego nie sposób się zgodzić. Powodowie odpowiedzieli na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 27 października 2011 r. Specyfikacja nie wymagała wykazu imiennego pracowników, którzy będą wykonywali zadania, stanowiła natomiast w § 11, iż „w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca jest zobowiązany do złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w tym odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami. W przypadku kierownika budowy oraz kierowników robót branż elektrycznej i sanitarnej, do wykazu należało załączyć oświadczenia, że osoby te będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i posiadają uprawnienia do wykonywania powyższych czynności. W przypadku składania oferty przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w.w. warunek musiał spełniać co najmniej jeden wykonawca. Zdaniem sądu zapisy SIWZ nie wymagały przedstawienia imiennego wykazu pracowników fizycznych, a zamawiający nie sprecyzował co to są osoby zdolne do wykonania zamówienia. Powodowie wskazali ilość i wykształcenie oraz posiadane uprawnienia pracowników zdolnych wykonać zamówienie w branży budowlanej, instalacji sanitarnych, instalacji elektrycznych, posiadających wykształcenie zawodowe, kursy branżowe i wymagane uprawnienia - w ilości 56 osób. Imiennie natomiast wskazali pracowników tzw. kadry kierowniczej. Zobowiązanie w tym zakresie zatem wykonali.

Ponadto § 11 pkt. 6 SIWZ stanowił, iż „wykonawca składając ofertę winien złożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 5.000.000 zł. W przypadku składania oferty przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, w.w. dokument musi być złożony przez przynajmniej jednego z wykonawców". Ten ostatni zapis SIWZ jest jednak sprzeczny z przepisami p.z.p., które stanowią, że w przypadku konsorcjum potencjały wykonawców sumują się. Dołączone do oferty polisy ubezpieczeniowe uczestników konsorcjum dają wymaganą przez pozwanego polisę OC na kwotę 5.000.000 zł. Stanowisko takie jest zgodne z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 5 stycznia 2012 r. w sprawie KIO 2765/11 stanowiącego, że „art.22 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 p.z.p. w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu wymienionym w art. 22 ust. 1 pkt. 2-4 p.z.p., stanowi, iż dopuszczalnym jest co do zasady wykazywanie ich spełnienia łącznie przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Taka interpretacja wynika z samej istoty konsorcjum tworzonego w celu wspólnej realizacji zamówienia, za którą wszyscy członkowie konsorcjum odpowiadają solidarnie. Dlatego też i potencjały wykonawców występujących w postępowaniu wspólnie podlegają zsumowaniu.” Z tego powodu wykluczenie powodów z postępowania, kiedy to przynajmniej jeden z wykonawców konsorcjum nie przedstawił polisy OC na kwotę 5.000.000 zł nie znajduje uzasadnienia.

Z art. 46 ust. 4 a p.z.p wynika, że 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. Zdaniem Sądu w niniejszej sprawie zatrzymanie wadium było niezgodne z prawem. Powód zareagował bowiem na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i wypełnił je tak jak potrafił. Z wypełnieniem dyspozycji art. 46 ust. 4 a p.z.p. mamy do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca faktycznie (fizycznie) nie uzupełnił dokumentów (oświadczeń, pełnomocnictw). Niedopuszczalna jest bowiem interpretacja prowadząca do sytuacji, w której każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. powoduje powstanie po stronie zamawiającego prawa zatrzymania wadium. Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa, czyniąc z praktyki zatrzymania wadium wykonawców niejako dodatkowe źródło dochodu.

Powodowie ponieśli szkodę uiszczając na rzecz ubezpieczyciela wypłaconą wcześniej gwarancję wadialną na rzecz pozwanego w kwocie 140.000 zł. A skoro to zatrzymanie było nieuzasadnione należało zasądzić od pozwanego na rzecz powodów dochodzona pozwem kwotę. O kosztach sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 kpc.

W apelacji od tego wyroku pozwany zarzucił:

- naruszenie art. 26 ust. 3 p.z.p. poprzez przyjęcie, że powodowie złożyli należyty wykaz osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności i byli bezpodstawnie przez pozwanego wzywani do ich uzupełnienia
- naruszenie art. 22 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 p.z.p. poprzez uznanie, że zapis SIWZ jest sprzeczny z przepisami tej ustawy, które stanowią, że w przypadku konsorcjum potencjały wykonawców sumują się,
- naruszenie art. 46 ust. 4 a p.z.p. poprzez uznanie, że brak było podstaw do zatrzymania wadium,
- sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego materiału przez przyjęcie, że przesłanką zatrzymania wadium jest jedynie niezłożenie wymaganych dokumentów, a powodowie złożyli wystarczająco precyzyjne wyjaśnienia i nie może to skutkować utratą wadium.

Wskazując na te zarzuty pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powodów kosztów procesu według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania – przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego.

W odpowiedzi na apelację powodowie wnieśli o jej oddalenie i zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podziela w pełni stanowisko Sądu Okręgowego i przyjmuje jego ustalenia i wnioski jako swoje własne.

Dodatkowo jedynie należało podkreślić- co nie było przedmiotem rozważań Sądu I instancji, a co budziło wątpliwości w orzecznictwie i doktrynie – iż powodom przysługiwała legitymacja czynna w sprawie o zwrot zatrzymanego wadium.

Porozumienie konsorcyjne nie wygasa bowiem z chwilą prawomocnego wykluczenia wykonawców z postępowania. Wspólnicy tworzący konsorcjum mają legitymację łączną zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jak i w postępowaniu sądowym o zwrot wadium (por. postanowienie SN z 7.05.2010, III CZP 25/10, nie publ. Wyrok SN z dnia 13.10.2011 r. V CSK 475/10 nie publ. Wyrok SN z 11.05.2012 r. II CSK 491/11, Lex nr 1238084).

Odnośnie meritum rozstrzygnięcia, zarzuty podniesione w apelacji nie mogły odnieść zamierzonego rezultatu.

Za bezzasadny uznać należało zarzut sprzeczności istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego przez przyjęcie, że przesłankę zatrzymania wadium stanowią jedynie nie złożenie wymaganych dokumentów a powodowie złożyli wystarczające precyzyjne wyjaśnienia i nie może to skutkować utratą wadium.

Powodowie w swej ofercie wskazali trzy osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i wskazali zakres wykonywanych przez nich czynności –kierownik budowy i kierownicy robót sanitarnych i elektrycznych.

Ze Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SiWZ) nie wynika jednoznacznie, iż oferenci mają wskazać imiennie wszystkie osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Również z wezwania o uzupełnienie

dokumentów (k.48) nie wynika wprost, by powodowie mieli wskazać imiennie wszystkich pracowników, którzy będą uczestniczyć w wykonywaniu zadania.

Zresztą byłoby to praktycznie niemożliwe, gdyż w momencie przystąpienia do wykonywania robót (w przypadku wygrania przetargu) pewnymi osobami powodowie mogliby już nie dysponować (np. pracownicy zwolnili się lub zostali zwolnieni), jak również mogliby dysponować innymi, nowymi osobami (nowo zatrudnieni pracownicy).

Nadto powodowie po otrzymaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów nie byli bierni, lecz udzielili na nie odpowiedzi. Wskazali, iż dysponują kadrą techniczną do kierowania i nadzorowania prac posiadającą wykształcenie wyższe i średnie w ilości 5 osób oraz pracownikami do wykonywania prac posiadającymi wykształcenie zawodowe, kursy branżowe i wymagane uprawnienia w ilości 56 osób.

Należy zauważyć, że uregulowanie zawarte w art. 46 ust. 4a ustawy o zamówieniach publicznych ma na celu przeciwdziałanie sytuacjom w których grupa wykonawców działających w porozumieniu może spowodować, iż zamówienie udzielone jest działającemu w porozumieniu wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Celem omówionej regulacji jest zatem zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił żądanych dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z sytuacją wykonawców, którzy uchylają się od zawarcia umowy, bądź nie wnoszą zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Sąd Apelacyjny podziela pogląd dominujący w orzecznictwie i piśmiennictwie, że z wypełnieniem dyspozycji art. 46 ust 4a ustawy o zamówieniach publicznych mamy do czynienia wyłącznie w przypadku gdy wykonawca faktycznie nie reaguje na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Przepis art. 46 ust. 4a ustawy o zamówieniach publicznych z uwagi na jego restrykcyjny charakter powinien być interpretowany ściśle (por. wyrok SA w Poznaniu z dnia 20.05.2010, I ACA 357/10, Lex nr 756566, Justyna Olszewska – Stompel. Praktyczne aspekty zatrzymania wadium przez zamawiającego, Lex ABC nr 104612, wyrok SA w Łodzi z dnia 24.03.2011 r., I ACA 7/11, OSA 2012/5/47-68).

Jak podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2011 roku, II CSK 675/10 (Lex nr 951295) przepis art. 46 ust 4a ustawy o zamówieniach publicznych należy interpretować z uwzględnieniem reguł wykładni celowościowej. Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium tylko wówczas, gdy wykonawca nie składa wymaganych dokumentów lub oświadczeń.

O istnieniu ryzyka z mowy wykonawców – czemu ma przeciwdziałać ten przepis – możnaby mówić w przypadku 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. Wówczas instytucja zatrzymania wadium mogłaby być wykorzystywana jako sposób uzyskania nienależytego przysporzenia.

Reasumując, fakt nieudokumentowania spełnienia warunków w postępowaniu skutkuje jedynie wykluczeniem wykonawcy z postępowania a nie daje podstaw do zatrzymania wadium na podstawie art. 44 ust 4a ustawy o zamówieniach publicznych.

Zatem stanowisko Sądu I instancji w tej mierze w pełni zasługuje na aprobatę, co czyni nie zasadnym zarzut naruszenia prawa materialnego tj. art. 44 ust. 4a ustawy o zamówieniach publicznych.

Nie zasługiwał także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 w zw z art. 23 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela stanowisko Sądu orzekającego, iż zapis § 11 pkt 6 S i WZ jest sprzeczny z bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 23 ustawy o zamówieniach publicznych.

Przepis ten umożliwia wspólne ubieganie się o zamówienia publiczne.

Podmioty gospodarcze chcąc wspólnie ubiegać się o zamówienie publiczne najczęściej łączą się w konsorcja, jak w niniejszej sprawie.

Do podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne stosuje się te same przepisy co do pojedynczego wykonawcy.

Przy ocenie spełniania warunków o których mowa w art. 22 ust 1 pkt 2-4 należy brać pod uwagę łączny potencjał techniczny i kadrowy wykonawców, ich łączną wiedzę i doświadczenie oraz łączną sytuację ekonomiczną i finansową. Tylko taki bowiem sens mogą mieć przepisy o wspólnym ubieganiu się o zamówienie (por. Jerzy Piróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz 11 wydanie, Warszawa 2012 r., str. 124).

Taka wykładnia tego przepisu wynika z samej istoty konsorcjum tworzonego w celu wspólnej realizacji zamówienia.

Żądanie zamawiającego, by polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę co najmniej 5 mln złotych złożył przynajmniej jeden z wykonawców nie znajduje uzasadnienia w brzmieniu art. 23 ust 1 i 3 i prowadzi do naruszenia art. 22 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy prawo o zamówieniach publicznych bezprawnie ograniczając wykonawców dostęp do zamówienia.

Potencjały wykonawców występujących wspólnie w postępowaniu podlegają sumowaniu. Należy też podkreślić, iż polisa ubezpieczeniowa OC przedkładana w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wymienionego w art. 22 ust. 1 pkt. 4 cytowanej ustawy nie służy ubezpieczeniu kontraktu, lecz sprawdzeniu zdolności ekonomiczno – finansowej wykonawcy do podłożenia realizacji zamówienia i z tej perspektywy powinna być oceniana wymagana suma ubezpieczenia. Oznacza to więc, że polisa składana na tym etapie postępowania ma na celu tylko i wyłącznie ocenę sytuacji ekonomicznej i finansowej potencjalnego wykonawcy, a nie ubezpieczenie przedmiotu zamówienia.

Nie ma przy tym znaczenia, że powodowie nie złożyli odwołania do K i O przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych domagając się modyfikacji tego postanowienia SiWZ.

Skoro bowiem jest ono sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy o zamówieniach publicznych, to nie może ono wiązać strony, nawet jeśli tego postanowienia nie zaskarżyła.

SiWZ nie może bowiem być sprzeczna z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy o zamówieniach publicznych. Reasumując, brak było podstaw do zatrzymania wadium z tej przyczyny że powodowie nie spełnili warunku dotyczącego ich sytuacji ekonomicznej, czyli, że nie przedłożyli polisy na kwotę 5 mln zł.

Powodowie bowiem przedłożyli polisy których suma wynosiła 5 mln zł.

W tym stanie rzeczy słusznie uznał Sąd Okręgowy, iż pozwany bezpodstawnie zatrzymał wadium i roszczenie powodów o zwrot zatrzymanego wadium znajduje uzasadnienie w treści art. 405 kc w zw z art. 410 kc.

Biorąc powyższe pod uwagę, skoro zarzuty podniesione w apelacji okazały się bezzasadne, apelacja podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 kpc.

Skoro pozwany przegrał spór w postępowaniu apelacyjnym, to na podstawie art. 98 kpc w zw z art. 108 § 1 kpc należało zasądzić od niego na rzecz powodów zwrot kosztów zastępstwa procesowego.

Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga Marek Górecki Jerzy Geisler