

ZAGADNIENIE PRAWNE

Czy niezłożenie dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego w rozumieniu art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (t.j. Dz. U. 2010r., Nr 113, poz. 759) oznacza tylko przypadek całkowitej bierności wezwanego wykonawcy czy także obejmuje sytuację, w której wykonawca składa dokument lub oświadczenie, z którego jednak nie wynika potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego?

UZASADNIENIE

Powódka M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. domagała się zasądzenia od pozwanej Gminy Ś. 100 000 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 9 listopada 2013 r. wskazując, że pozwana nie była uprawniona do zatrzymania wadium. Wykluczenie powódki z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było bowiem wynikiem uznania, iż powódka nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego, a nie wynikiem niezuzupełnienia dokumentów żądanych przez pozwaną w postępowaniu przetargowym, gdyż te zostały złożone.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa zarzucając, że powódka złożonymi dokumentami nie wykazała spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu przetargowym w zakresie posiadania doświadczenia i wiedzy, a nadto podała nieprawdziwe informacje co do tych okoliczności, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w K. zasądził od pozwanej na rzecz powódki 100 000 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 9 listopada 2013 r. oraz 13 217 zł tytułem kosztów procesu. Sąd I instancji ustalił, iż w dniu 31 sierpnia 2013 r. Gmina Ś. wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt. „Zaprojektowanie i wykonanie stałej ekspozycji Muzeum [...]”. Warunkiem przystąpienia do postępowania było wniesienie wadium w wysokości 100 000 zł. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała - między innymi -

szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz określała, że warunkiem koniecznym do udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia było wykazanie przez wykonawcę (oferenta), że wykonał, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwie (2) usługi polegające na wykonaniu/wykonywaniu usług związanych z:

- 1) wykonaniem multimedialnej ekspozycji muzealnej w skład, której wchodziło : opracowanie scenariuszy i projektów, produkcja filmów i prezentacji, montaż urządzeń projekcyjnych, nagłaśniających i ekranów dotykowych w ilości co najmniej 15 samodzielnych punktów multimedialnych o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 000 000 zł brutto (pkt 1.2.1. specyfikacji)
- 2) opracowaniem dokumentacji projektowej ekspozycji muzealnej o wartości nie mniejszej niż 170 000 zł brutto (pkt 1.2.2. specyfikacji).

Powódka złożyła ofertę w tym postępowaniu, składając wadium w kwocie 100000 zł. Oświadczyła, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych, a spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oparła na wiedzy i doświadczeniu udostępnionej przez podmiot trzeci na podstawie przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy prawo zamówień publicznych. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 10 października 2013 r., w czasie którego ujawniono dwie oferty: 1) powódki w kwocie 4 329 600,00 zł brutto i 2) Konsorcjum [...] w kwocie 4 335 652,83 zł.

Pozwana pismem z dnia 24 października 2013 r., działając w trybie przepisu art. 25, art. 26 ust. 3, art. 44 ustawy prawo zamówień publicznych wezwała powódkę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów powódka w dniu 30 października 2013 r. uzupełniła dokumenty, przedkładając nowy wykaz wykonanych usług wraz z referencjami. W tym referencjami od Muzeum Okręgowego [...] w B. dla D. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w L. W odpowiedzi na pismo pozwanej Muzeum Okręgowo w B. poinformowało, że Spółka D. nie opracowała scenariusza wystawy oraz nie wyprodukowała filmów i prezentacji multimedialnych, a jedynie zrealizowała scenariusz technicznie oraz zamontowała i uruchomiła filmy i prezentacje multimedialne wykorzystując specjalny program zarządzający wystawą, a nadto dokonała montażu urządzeń projekcyjnych, nagłaśniających i ekranów dotykowych. Po otrzymaniu tej informacji pozwana Gmina wykluczyła powódkę, jako wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w uzasadnieniu podając, iż powódka nie potwierdziła posiadania wiedzy i doświadczenia związanego z realizacją co najmniej dwóch multimedialnych ekspozycji muzealnych. Odwołanie powódki od podjętej przez pozwaną Gminę czynności wykluczenia z przetargu Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie wyrokiem z dnia 3 grudnia 2013 r. oddaliła.

W tak ustalonym stanie Sąd Okręgowy uznał powództwo za uzasadnione. Wskazał, że zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest, że

wykonawca ma złożyć ofertę zgodną z warunkami przetargu, w tym również określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 j.t.) w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W wypadku, gdy wykonawca w ofercie nie złożył wymaganych przez zamawiającego dokumentów lub oświadczeń, wzywa on wykonawcę do ich złożenia w wyznaczonym terminie chyba, że mimo ich złożenia oferta podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania, w myśl art. 26 ust. 3 ustawy. Z kolei na mocy art. 46 powołanej ustawy (w brzmieniu z obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania tj. 31 sierpnia 2013 r.) zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4 a (ust. 1). 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 nieleżących po jego stronie (ust. 4 a).

Uznał Sąd Okręgowy, że pozwana nie była uprawniona do zatrzymania wadium w oparciu o powołany art. 46 ust. 4 a, skoro powódka fizycznie złożyła dokumenty mające za zadanie potwierdzić posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Sądu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który odkryty został na etapie weryfikacji dokumentów i oświadczeń złożonych przez powódkę, nie można utożsamiać z faktycznym, celowym nieprzedłożeniem dokumentów czy biernym zachowaniem, które to zachowania pozwalałyby na zatrzymanie wadium. W tym zakresie Sąd I instancji powołał się na wyrażane w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych stanowisko, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, fizycznie nie złożył dokumentów lub oświadczeń określonych w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw (fizyczny brak dokumentów lub oświadczeń wskazanych w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw) oraz nie udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Stanowisko to zakłada, że chodzi o brak fizyczny dokumentu lub oświadczenia, natomiast przepis nie znajduje zastosowania, jeżeli zostanie złożony dokument lub oświadczenie, które nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Sąd Okręgowy uznał, że dokument zawierający niepełne czy lakoniczne informacje nie można uznawać za dokument nieprawdziwy. Natomiast złożone przez powódkę referencje były sporządzone przez uprawniony podmiot, a powódka przedłożyła je w dobrej wierze, nie przypuszczając, że ich treść może budzić wątpliwości co przedmiotowi zamówienia. Poza tym Sąd I instancji zauważył, iż wykładnia art. 46 ust. 4 a ustawy prawo zamówień publicznych wymaga uwzględnienia celu jego wprowadzenia do systemu prawnego. Celem tym zaś było ograniczenie możliwości dokonywania zmów przetargowych polegających na

porozumieniu wykonawców prowadzącym do udzielenia zamówienia temu, kto zaoferuje najwyższą cenę. Takiego celu postępowania nie dopatrył się Sąd w działaniu powódki podkreślając, iż złożyła ona najkorzystniejszą ofertę, a jej celem była wygrana w postępowaniu przetargowym. Omówione względy legły u podstaw wniosku, że pozwana nie była uprawniona do zatrzymania wadium i zaważyły na uwzględnieniu powództwa.

W apelacji pozwana domagała się zmiany zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa ewentualnie uchylenia orzeczenia i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania. Skarżąca zarzuciła m.in. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 46 ust. 1 a ustawy prawo zamówień publicznych „przez niewłaściwe jego zastosowanie przez uznanie, że tylko fizyczna beczynność powoduje możliwość zatrzymania wadium”. Zdaniem pozwanej ograniczenie zastosowania powołanego przepisu jedynie do sytuacji fizycznego braku dokumentów jest błędne, nadto nie jest ono jedynym poglądem wyrażanym w orzecznictwie. Wedle apelującej za właściwe należy uznać stanowisko zgodnie, z którym zatrzymanie wadium jest uzasadnione także w wypadku złożenia, na wezwanie zamawiającego, nieprawidłowych dokumentów. Nadto skarżąca zarzucała, iż powódka w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie dochowała należytej staranności wymaganej od profesjonalisty w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Brak weryfikacji informacji co do zakresu realizowanego zamówienia przez podmiot trzeci, z którego wiedzy i doświadczenia zamierzała powódka skorzystać, stanowi też o jej winie w zakresie niezłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków i wymagań udziału w postępowaniu.

Przy rozpoznaniu apelacji wystąpiło budzące poważne wątpliwości zagadnienie prawne, którego rozstrzygnięcie ma bezpośredni wpływ na mające zapaść orzeczenie. Wątpliwości te wynikają z rozbieżności orzecznictwa na tle wykładni pojęcia „nie złożenie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw” w rozumieniu art. 46 ust. 4 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: p.z.p.) w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tej sprawie tj. 31 sierpnia 2013 r. Wówczas przepis ten, który obecnie po kolejnych nowelizacjach ma zmienioną treść stanowił, iż: 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 leżących po jego stronie.

Wskazany przepis zawiera szczególne przesłanki zatrzymania przez zamawiającego wadium. Ich wystąpienie daje zamawiającemu prawo zatrzymania wadium, co jest odstępstwem od generalnej zasady jego bezzwłocznego zwrotu. Zasadniczą kwestią sporną w niniejszej sprawie jest też to: czy wystąpiły

przewidziane omawianym przepisem przesłanki uprawniające pozwaną gminę do zatrzymania wadium wniesionego przez powódkę. Sąd Okręgowy udzielając odpowiedzi negatywnej odnośnie do owego uprawnienia pozwanej stwierdził, że przepis art. 45 ust. 4 a p.z.p. winien być interpretowany w sposób ścisły, czyli sankcja zatrzymania wadium winna wchodzić w rachubę tylko w przypadku braku fizycznego dokumentu lub oświadczenia, a nie w sytuacji, gdy wykonawca złoży dokumenty niepotwierdzające spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Takie rozumienie art. 46 ust. 4 a p.z.p. prezentowane jest w wielu orzeczeniach Sądu Najwyższego oraz Krajowej Izby Odwoławczej. U podstawy przyjęcia poglądu, że obowiązek zatrzymania wadium dotyczy tylko sytuacji całkowitej bierności, umyślności, celowości i nasilenia złej woli wykonawcy w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego leży przywołanie charakteru omawianej regulacji oraz jej celu w postaci ograniczenia możliwości dokonywania zmów przetargowych. Wskazuje się zatem, że uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium ma charakter sankcyjny, dyscyplinujący oraz restrykcyjny, co nakazuje jego wąską interpretację. Podkreśla się, że przepis ten nie został pomyślany jako sankcja dla wykonawców zgłaszających się do przetargu, chociaż nie spełniają merytorycznych oczekiwań zamawiającego. Argumentem powoływanym przeciwko przyjęciu stanowiska, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, jest możliwość zaistnienia nadużyć ze strony zamawiającego. Możliwe bowiem wówczas staje się wykorzystanie instytucji wadium, jako sposobu nienależnego przysporzenia. Akcentując wysoką sankcyjność i restrykcyjność omawianego przepisu podnosi się również, że przepis ten powinien być stosowany wyłącznie dla zapobiegania znikom wykonawców, gdyż celem wprowadzenia art. 46 ust. 4 a p.z.p. do systemu prawnego było właśnie zapobieganie znikom wykonawców. W prezentowanym ujęciu wskazuje się więc, że badając zasadność zatrzymania wadium nie można tracić z pola widzenia celu tej sankcji.

Stanowisko, iż przepis art. 46 ust. 4 a p.z.p. ma zastosowanie do sytuacji, w której występuje brak fizyczny dokumentu lub oświadczenia, natomiast nie ma on zastosowania, jeżeli zostanie złożony dokument lub oświadczenie, także takie, które nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym, zaś 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 znalazło wyraz w m. in. następujących orzeczeniach Sądu Najwyższego z: 14 marca 2013r., I CSK 444/12, LEX nr 131829, 10 maja 2013r., I CSK 422/12, LEX nr 1331255, 7 listopada 2013r., V CSK 531/12, LEX nr 1424860 i sądów powszechnych: Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 15 marca 2013r., I ACa 97/13, LEX nr 1314857, Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2014r., I ACa 1356/13, LEX nr 1422483, Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2014r., LEX nr 1489044).

Oprócz omówionego poglądu w orzecznictwie prezentowany jest jednak także pogląd odmienny zgodnie, z którym przez niezłożenie dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego, które uprawnia zamawiającego w myśl art. 46 ust. 4 a p.z.p. do zatrzymania wadium, należy rozumieć nie tylko przypadek bierności wezwanego wykonawcy, gdy ten w ogóle nie składa wymaganego dokumentu lub oświadczenia, ale i sytuację, gdy wykonawca złożył dokument (oświadczenie), z którego nie wynika potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane dostawcy usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. W uzasadnieniu tej treści interpretacji wskazuje się, że art. 46 ust. 4 a p.z.p. mówi wprost o niezłożeniu dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. oraz pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. Zgodnie z art. 25 ust. 1 p.z.p. zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, co prowadzi też do wniosku, że obowiązkiem wykonawcy jest złożenie dokumentów, których rodzaj i treść pozwoli przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z jego udziałem. Wskazuje się, że ocena czy wykonawca złożył – na wezwanie zamawiającego – wymagane dokumenty lub oświadczenia winna być dokonywana według tych samych reguł, gdyż wbrew regułom wykładni językowej byłoby, aby w ramach jednego aktu prawnego ustawodawca posługując się danym zwrotem językowym nadał mu, w różnych sytuacjach, odmienną treść. W świetle art. 26 ust. 3 p.z.p. zamawiający jest zaś zobowiązany do wezwania wykonawców, wtedy gdy brak jest wymaganych dokumentów (oświadczeń), pełnomocnictw jak i wówczas gdy zawierają one błędy. W myśl omawianego stanowiska do innego rozumienia art. 46 ust. 4 a p.z.p. nie prowadzi także jego sankcyjny charakter oraz cel, którym kierował się ustawodawca wprowadzając tę regulację. Wskazuje się, że wykładnia przepisu przez przyjęcie, że chodzi wyłącznie o stan bierności wezwanego wykonawcy w niczym nie zapobiegnie znikom cenowym. Dolegliwe skutki omawianej regulacji dla działającego w dobrej wierze wykonawcy mogą być uchylone przez wykazanie przez tego wykonawcę, że nie wykonał należycie swojego obowiązku z przyczyn nieleżących po jego stronie, co przewiduje omawiana regulacja art. 46 ust. 4 a p.z.p.

Stanowisko o przedstawionej treści zostało zajęte przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 listopada 2012 r., IV CSK 121/12, LEX nr 1274997. Z kolei w uzasadnieniu postanowienia z dnia 27 listopada 2014 r., IV CSK 115/14, LEX nr 1650297 Sąd Najwyższy wypowiedział pogląd, iż zwrot wadium jest możliwy tylko wtedy, gdy ustalone zostanie, że wykonawcy nie można postawić zarzutu jakiegokolwiek zaniedbania przewidzianego z art. 46 ust. 4 a p.z.p. Tezę tę powtórzył także Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 12 lipca 2016 r., I ACa 340/16, LEX nr 2090444. Nadto m.in. stwierdzając, że przesłanką warunkującą zatrzymanie wadium nie jest wykazanie przez zamawiającego zmyślenia wykonawców. Z uzasadnienia tegoż wyroku wynika także, że celem omawianej regulacji (zatrzymania wadium przez zamawiającego, gdy wykonawcy można postawić zarzut zaniedbania) jest ograniczenie możliwości manipulacji przy zamówieniach publicznych oraz wykluczenie zgłaszania się do przetargu pomimo nie spełnienia odpowiednich

wymogów. Za taką interpretacją omawianego przepisu mogłaby także przemawiać jego aktualna (nadana ustawą z dnia 28 lipca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw - DZ. U. 2016 r., p.1020) treść, gdyż obecnie przepis mówi o niezłożeniu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p.

Nadmienić jeszcze należy, że w ocenie Sądu Apelacyjnego, w okolicznościach sprawy nie da się przyjąć, iż powódka dochowała należytej staranności wymaganej od profesjonalisty co do wykazania – na wezwanie zamawiającej gminy – spełnienia warunku udziału w postępowaniu przetargowym w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Rację ma bowiem apelująca, że brak weryfikacji przez powódkę informacji co do zrealizowanego zamówienia przez podmiot trzeci, z którego wiedzy i doświadczenia zamierzała ona skorzystać nie usprawiedliwia powódki. Nie jest także dostateczną racją usprawiedliwiającą złożenie nierzetelnego oświadczenia o spełnieniu wymogu posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz braku złożenia właściwych dokumentów potwierdzających wymagania w tym zakresie akcentowana przez powódkę okoliczność „chęci wygrania przetargu”. A zatem, skoro powódka w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie pozostała bierna lecz złożyła nieprawidłowe dokumenty z przyczyn ją obciążających, to istotne dla rozstrzygnięcia ma ustalenie właściwego rozumienia pojęcia „niezłożenia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego” w rozumieniu art. 46 ust. 4 a p.z.p. w brzmieniu mającym zastosowanie w tej sprawie. W myśl bowiem pierwszego stanowiska, które zostało przedstawione pozwana nie będzie uprawniona do zatrzymania wadium, natomiast w świetle drugiego uprawnienie takie jej przysługuje.

W tym stanie rzeczy, wobec rozbieżności orzecznictwa, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 390 § 1 kpc, przedstawił Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne jak w sentencji postanowienia.

