



WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

19 stycznia 2024 r.

Sąd Najwyższy w Izbie Cywilnej w składzie:

SSN Paweł Grzegorzcyk (przewodniczący)

SSN Agnieszka Piotrowska

SSN Władysław Pawlak (sprawozdawca)

Protokolant Przemysław Mazur

po rozpoznaniu na rozprawie 19 stycznia 2024 r. w Warszawie
skargi kasacyjnej J. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., J.1 spółki z
ograniczoną odpowiedzialnością w S. i S. spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością w S.
od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku
z 16 czerwca 2021 r., XVI Ca 670/20,
w sprawie z powództwa J. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., J.1 spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością w S. i S. spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością w S.
przeciwko Skarbowi Państwa - Komendzie Portu Wojennego [...]
o zapłatę,

1. oddala skargę kasacyjną;

**2. zasądza od powodów solidarnie na rzecz Skarbu Państwa -
Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej kwotę 4050
(cztery tysiące pięćdziesiąt) zł, z odsetkami w wysokości odsetek
ustawowych za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego
za czas po upływie tygodnia od dnia ogłoszenia niniejszego**

**wyroku do dnia zapłaty, tytułem kosztów zastępstwa procesowego
w postępowaniu kasacyjnym.**

[SOP]

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 27 lutego 2020 r. Sąd Rejonowy w Gdyni oddalił powództwo J. sp. z o.o. w S., J.1 sp. z o. w S. oraz S. sp. z o.o. w S. (poprzednio Agencja [...] S. sp. z o.o. w S.) skierowane przeciwko Skarbowi Państwa - Komendantowi Portu Wojennego w [...], o zasądzenie na ich rzecz solidarnie kwoty 60 000 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 5 czerwca 2018 r. do dnia zapłaty, którą powodowie dochodzili tytułem zwrotu nienależnie zatrzymanego przez pozwanego wadium wpłaconego w ramach postępowania o udzielenia zamówienia publicznego.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że pozwany w związku z wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu realizacji „Świadczenia usług utrzymania porządku i czystości pomieszczeń budynku, sprzątanie dróg, chodników i placów utwardzonych oraz utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych w kompleksach administracyjnych przez Komendę Portu Wojennego w [...]”, zamawiający Skarb Państwa - Komendant Portu Wojennego w [...] w pkt 3 rozdziału V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) przewidział, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek dotyczący uprawnień powinien spełniać samodzielnie każdy z wykonawców wspólnie z ubiegający się o realizację tego zamówienia publicznego.

Powodowe spółki zawarły konsorcjum w celu złożenia oferty, przy czym liderem konsorcjum została spółka J.. Powódki złożyły ofertę na wykonanie części I, III i V zamówienia, przy czym odnośnie do części V zaoferowały cenę 5 168 926,02 zł. Na podstawie zlecenia spółki J.1 Bank. S.A. we W. udzielił gwarancji przetargowej (wadium) w kwocie 60 000 zł z ważnością do 21 maja 2018 r.

Pismem z 28 marca 2018 r. pozwany w odniesieniu do części V zamówienia wezwał lidera konsorcjum do złożenia m.in. aktualnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli „poufne” III stopnia lub wyższej lub zgodnie z art. 54 ust. 7 ustawy z o ochronie informacji niejawnych (jedn. tekst: Dz. U. z 2023 r., poz. 756, ze zm.; dalej: „u.o.i.n.”) pisemnej zgody wydanej przez Ministra Obrony Narodowej na udostępnianie informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej

przedsiębiorcy, wobec którego wszczęto postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego lub postępowanie sprawdzające. W odpowiedzi powodowe spółki przedstawiły dokumenty aktualne na dzień złożenia zgodnie z treścią pkt 6 rozdziału VI SIWZ. Jednak pismem z 9 kwietnia 2018 r. pozwany w odniesieniu do części V zamówienia wezwał wykonawcę do uzupełnienia dla lidera konsorcjum oraz dla członka konsorcjum Agencji [...] S. sp. z o.o. aktualnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli „poufne” III stopnia lub wyższej albo zgodnie z art. 54 ust. 7 u.o.i.n. pisemną zgodę Ministra Obrony Narodowej na udostępnienie informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej przedsiębiorcy, wobec którego wszczęto postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego lub postępowanie sprawdzające. W odpowiedzi lider konsorcjum w piśmie z 10 kwietnia 2018 r. wskazał, że poza lakoniczną dyspozycją zawartą w rozdziale V pkt 3 SIWZ zamawiający nie uzasadnił dlaczego warunek posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, który dotyczył tylko części V zamówienia, powinien być spełniony samodzielnie przez każdego z wykonawców ubiegających się o udzielnie zamówienia, a okoliczność ta uszła uwadze członków konsorcjum, z których tylko jeden, tj. J.1 sp. z o.o. posiada takie świadectwo. Ponadto podkreślił, że podział obowiązków i zakres czynności w ramach umowy konsorcjum został tak określony, aby uwzględniał bezwzględnie obowiązujące przepisy dotyczące postępowania z szeroko rozumianymi informacjami niejawnymi, w ten sposób, że spółka J.1 będzie w 100% zaangażowana w realizację zamówienia w zakresie wymagającym dysponowania świadectwa bezpieczeństwa teleinformatycznego z 20 listopada 2017 r.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pozwany wybrał ofertę powodów jako najkorzystniejszą w zakresie części I i III zamówienia, natomiast wykluczył konsorcjum powodów z postępowania w zakresie części V zamówienia, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843; dalej: „p.u.z.p. z 2004 r.”), z tego względu, że powodowie nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu przetargowym dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w zakresie posiadania przez lidera konsorcjum oraz jego członka aktualnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli „poufne” III stopnia lub wyższej albo

zgodnie z art. 54 ust. 7 u.o.i.n. pisemnej zgody Ministra Obrony Narodowej na udostępnienie informacji niejawnych o klauzuli poufne lub wyższej przedsiębiorcy, wobec którego wszczęto postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego lub postępowanie sprawdzające. Z tej przyczyny pozwany unieważnił postępowanie w zakresie V części zamówienia, a następnie zażądał od gwaranta Banku [...] S.A. zapłaty wadium, zgodnie z warunkami gwarancji, które zostało mu wypłacone w dniu 4 czerwca 2018 r.

W zakresie części V zamówienia ofertę złożył jeszcze I. sp. z o.o. we W. z wynagrodzeniem za wykonanie zamówienia w kwocie 7 434 993,64 zł.

W ocenie Sąd Rejonowego powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie, bowiem istniała podstawa prawna do zatrzymania przez pozwanego wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.u.z.p. z 2004 r. Uprawnienie do zatrzymania wadium obejmuje element obiektywny (zewnętrzne niezależne od woli wykonawcy przyczyny braku przedłożenia dokumentów i oświadczeń na żądanie zamawiającego) i subiektywny (odwołujący się do winy wykonawcy w niedołożeniu wymaganych dokumentów i oświadczeń). Sankcja zatrzymania wadium została powiązana z istnieniem oferty najkorzystniejszej i niemożliwością jej wyboru przez zamawiającego wskutek braku złożenia przez wykonawcę wymaganych dokumentów lub oświadczeń. Przystąpienie przez profesjonalistę do postępowania o zamówienie publiczne po zapoznaniu się z SWIZ ze świadomością, że wykonawca nie spełnia warunków uczestnictwa w postępowaniu jest przyczyną obiektywną w rozumieniu powołanego przepisu. Od wykonawcy należy wymagać podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.). Większość zagrożeń związanych ze stosowaniem tej sankcji można wyeliminować, nie przez wąskie rozumienie wymienionej w nim przesłanki braku złożenia dokumentów i oświadczeń, lecz przez staranną i szczegółową ocenę czy wadliwa odpowiedź nastąpiła z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Tymczasem w niniejszej sprawie zdaniem Sądu pierwszej instancji nieprzedstawienie przez powodów wymaganych dokumentów było zawinione, bowiem warunek ich przedłożenia przez każdego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia został jednoznacznie i precyzyjnie określony w SIWZ.

Apelacja powódek została oddalona wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku, który podzielił ustalenia faktyczne i ocenę prawną roszczenia Sądu Rejonowego.

W skardze kasacyjnej powodowe spółki zaskarżając wyrok Sądu Okręgowego w całości wniosły o jego uchylenie i orzeczenie co do istoty sprawy przez uwzględnienie w całości powództwa oraz kosztów postępowania kasacyjnego. Zarzuciły naruszenie prawa materialnego, tj. art. 46 ust. 4a p.u.z.p. z 2004 r. na skutek błędnego uznania, że w sytuacji gdy powódki składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - część V „Sekcja Obsługi Infrastruktury [...]”, zarówno przed terminem składania ofert, w dniu składania ofert, ani po tym dniu, w sposób nieusuwalny, nie spełniły warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w postaci posiadania aktualnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli „poufne” III-ego stopnia lub wyższej, przez każdą z powódek, to niezłożenie przez nie dokumentu potwierdzającego spełnienie tego warunku przez każdą z nich było zawinione, czyli celowe, umyślne, przy nasileniu złej woli, w związku z czym istniała podstawa prawna do zastosowania sankcji przewidzianej w tym przepisie, w postaci zatrzymania wadium.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych została uchylona z dniem 1 stycznia 2021 r. - por. art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020; dalej: „p.w.u.p.z.p.”). Wprawie w art. 90 i n. p.w.u.p.z.p. nie zostały uregulowane kwestie intertemporalne związane z zatrzymaniem wadium przez zamawiającego, ale ze względu na to, że w stanie faktycznym sprawy nastąpiło to przed uchyceniem ustawy - Prawo zamówień publicznych z 2004 r., mają w tej materii zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które to oświadczenia lub dokumenty potwierdzają: 1) spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji; 2) spełnienie przez oferowane, dostawy, usługi

lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego i 3) brak podstaw wykluczenia (art. 25 ust. 1 p.u.p.z. z 2004 r.). Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności (art. 22 ust. 1a p.u.z.p. z 2004 r.). Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć m.in. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, a także sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej (art. 22 ust. 1b pkt 1 - 3 p.u.z.p. z 2004 r.). Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się m.in. wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 p.u.z.p. z 2004 r.).

Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia i przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców (art. 23 ust. 1 i 3 p.u.z.p. z 2004 r.). Zamawiający może określić warunki realizacji zamówienia przez wykonawców w inny sposób niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalnie (art. 23 ust. 6 p.u.z.p. z 2004 r.), a ponadto może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w powołanym wyżej art. 22 ust. 1b, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalnie (art. 23 ust. 5 p.u.z.p. z 2004 r.). Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części (art. 36aa ust. 1 u.p.z.p. z 2004 r.).

W art. 25 ust. 2 p.u.p.z. z 2004 r. została zawarta delegacja dla ministra właściwego do spraw gospodarki do wydania rozporządzenia określającego rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem, informacja z Krajowego Rejestru Karnego, wyciąg z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, lub w przypadku jego braku, równoważny dokument wykazujący brak podstaw wykluczenia, a także mając

na uwadze aktualność tych dokumentów oraz potrzebę zapewnienia [...] informacji niejawnych, w przypadku zamówień wymagających tych informacji, związanych z nimi lub je zawierających, w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych. Stosownie do § 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (jedn. tekst: Dz. U. z 2020 r. poz. 2020) w przypadku zamówień publicznych, które wiążą się z przetwarzaniem informacji niejawnych, wymagają do nich dostępu, ich wykorzystania lub je zawierają, zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do [...] tych informacji i ich przetwarzania na poziomie wymaganym przez odrębne przepisy, w szczególności odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, poświadczenia bezpieczeństwa oraz zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie [...] informacji niejawnych. Dokumenty potwierdzające zdolność wykonawcy do przetwarzania informacji niejawnych muszą spełniać wymagania wynikające z odpowiednich przepisów o ochronie informacji niejawnych. W tym miejscu należy odnotować, że dokumenty potwierdzające zdolność wykonawcy do [...] informacji niejawnych nie są tożsame z dokumentami opisanymi w art. 22 ust. 1b pkt 1-3 p.u.z.p. z 2004 r., gdyż te zostały szczegółowo opisane w tym rozporządzeniu (co do dokumentów potwierdzających kompetencje lub uprawnienia do prowadzenia działalności zawodowej w § 2 ust. 1, odnośnie do sytuacji ekonomicznej lub finansowej w § 2 ust. 2, zaś co do zdolności technicznej i zawodowej w § 2 ust. 4).

W sprawie nie było sporu co do tego, że ze względu na status zamawiającego i przedmiot V części zamówienia, miały zastosowanie przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych (por. art. 1 ust. 1 w zw. z ust. 2 pkt 2, w zw. z art. 4 ust. 1, art. 5 ust. 3 pkt 2 i art. 14 ust. 1 u.o.i.n.). Warunkiem dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych w związku z wykonywaniem umów, jest jego zdolność do ich [...], a dokumentem potwierdzającym zdolność do [...] informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej jest świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego (art. 54 ust. 1 i 2 u.o.i.n.). Świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia potwierdza zdolność przedsiębiorcy do [...] tych informacji z wyłączeniem możliwości ich przetwarzania w użytkowanych przez niego budynkach (art. 55 ust. 1 pkt 3

u.o.i.n.). Postępowanie w przedmiocie bezpieczeństwa przemysłowego obejmuje sprawdzenie przedsiębiorcy i postępowanie sprawdzające. W toku postępowania bezpieczeństwa przemysłowego oraz w okresie ważności świadectwa przeprowadza się postępowanie sprawdzające wobec osób nieposiadających odpowiednich poświadczeń bezpieczeństwa i kolejne postępowanie sprawdzające m.in. wobec kierownika przedsiębiorstwa oraz innych osób wskazanych w kwestionariuszu, które powinny mieć dostęp do informacji niejawnych (art. 57 ust. 1 i 5 u.o.i.n.). Minister Obrony Narodowej jako właściwy organ, ze względu na przedmiot zamówienia w zakresie części V i status zamawiającego, mógł wyrazić pisemną zgodę na udostępnienie informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej przedsiębiorcy, wobec którego wszczęto postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego lub postępowanie sprawdzające (art. 54 ust. 7 u.o.i.n.)

Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub złożone dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania (art. 26 ust. 3 p.u.z.p. z 2004 r.).

W sprawie niespornym jest również okoliczność, że stosownym certyfikatem bezpieczeństwa przemysłowego dysponowała tylko jedna z powodowych spółek. Natomiast w świetle postanowień SIWZ warunki dotyczące uprawnień (a jednym z nich było aktualne świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli „poufne” III stopnia lub wyższej) powinien spełnić samodzielnie każdy z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a p.u.z.p. z 2004 r. (w wersji obowiązującej od 28 lipca 2016 r., Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa m.in. w art. 26 ust. 3 p.u.z.p. z 2004 r., z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów m.in. potwierdzających okoliczności, o których mowa

w art. 25 ust. 1 p.u.z.p. z 2004 r., co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Złożona przez konsorcjum powodowych spółek oferta była najkorzystniejsza, a zatem do rozstrzygnięcia pozostaje, po pierwsze, czy brak przedłożenie przez dwóch członków konsorcjum, pomimo stosownego wezwania, certyfikatów bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli „poufne” III stopnia lub wyższej albo zgodnie z art. 54 ust. 7 u.o.i.n. pisemnej zgody Ministra Obrony Narodowej na udostępnienie informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej przedsiębiorcy, wobec którego wszczęto postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego lub postępowanie sprawdzające, został spowodowanymi okolicznościami leżącymi po stronie członków konsorcjum oraz po drugie, kwestia rozkładu ciężaru dowodu.

W uchwale z 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17, Sąd Najwyższy wyjaśnił, że wadium podlegało zatrzymaniu na podstawie art. 46 ust. 4a p.u.z.p. z 2004 r. w brzmieniu obowiązującym do dnia 18 października 2014 r. także wtedy, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie złożył dokumenty lub oświadczenia, ale z ich treści nie wynikało potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy.

W uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych i innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) wprowadzającej art. 46 ust. 4a u.p.z.p. z 2004 r. (przy czym jego brzmienie było inne niż obecnie, a mianowicie: 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) wskazano, że zatrzymanie wadium dotyczy sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i taka funkcja wadium ma na celu zintensyfikowanie [...] interesów zamawiającego oraz zracjonalizowanie wydatkowania środków publicznych. Ponadto uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium ma na celu zapewnienie prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego i w ten sposób dyscyplinując oraz sankcjonując oferentów naruszających zasadę lojalnego współdziałania z zamawiającym.

Zmiana art. 46 ust. 4a p.u.z.p. z 2004 r., która weszła w życie z dniem 19 października 2014 r. ustawą z dnia (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232) polega nie tylko na wprowadzeniu kumulatywnej przesłanki zatrzymania wadium przez zamawiającego w postaci braku możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę (który na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 nie złożył dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1) jako najkorzystniejszej, ale i zmodyfikowaniu rozkładu ciężaru dowodu wykazania odpowiedzialności wykonawcy w nieprzedłużeniu dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 u.p.z.p. z 2004 r. Mianowicie art. 46 ust. 4a p.u.z.p. z 2004 r. w brzmieniu do 18 października 2014 r. wprost nakładał na wykonawcę obowiązek udowodnienia, że niezłożenie dokumentów nastąpiło z przyczyn nieleżących po jego stronie („chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”; podobną konstrukcję w zakresie rozkładu ciężaru dowodu zawiera na przykład art. 471 k.c.), a tym samym statuował domniemanie, że nieprzedłużenie tych dokumentów jest następstwem okoliczności obciążających wykonawcę. Natomiast z art. 46 ust. 4a p.u.z.p. z 2004 r. w brzmieniu obowiązującym od 19 października 2014 r. już takiego domniemania nie da się wyprowadzić, gdyż stanowi on, że zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, a zatem w tym zakresie nastąpiło odwrócenie ciężaru dowodu.

W konsekwencji w stanie prawnym - mającym zastosowanie w sprawie - to na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, że mógł żądać od wykonawców zgłaszających swój udział w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego przedłożenia danego dokumentu (w tym wypadku certyfikatu bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli poufności trzeciego stopnia lub wyżej), oraz że o tym obowiązku należycie poinformował wykonawców przed zgłoszeniem ofert lub obowiązek taki wynikał z bezwzględnie obowiązujących przepisów. Z tak ukształtowanym rozkładem ciężaru dowodu łączy się też konieczność wykazanie wystąpienia po stronie wykonawcy elementu zawinienia, przy czym z uwagi na brak określenia w art. 46 ust. 4a u.p.z.p. z 2004 r. formy zawinienia (umyślnie/nieumyślnie)

oraz jego stopnia (m.in. niedbalstwo/rażące niedbalstwo – na przykład art. 827 § 1 k.c., art. 88 ustawy - Prawo pocztowe) oraz profesjonalny charakter działalności gospodarczej prowadzonej przez powodowe spółki, w ramach której zgłosiły udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ma zastosowanie art. 355 § 2 k.c., czyli wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci niedbalstwa z uwzględnieniem - przy ocenie przesłanki dołożenia należytej staranności w wykonaniu zobowiązania zawodowego - charakteru działalności powodowych spółek.

Winę nieumyślną charakteryzuje pewien psychiczny stan rzeczy, który cechuje się brakiem zamiaru wyrządzenia szkody kontrahentowi, czyli w przypadku odpowiedzialności kontraktowej, brakiem zamiaru niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W prawie cywilnym według wypracowanych przez orzecznictwo i doktrynę kryteriów przez niedbalstwo rozumie się sytuację, gdy dłużnik wprowadzić nie chce wyrządzić wierzycielowi szkody, tj. nie ma woli niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, ale do niej doprowadza wskutek niedochowania należytej staranności, chociaż powinien i zarazem mógł postąpić prawidłowo. Zatem z pojęciem niedbalstwa wiąże się zagadnienie niezachowania wymaganej staranności, w stosunkach danego rodzaju, niezbędnej do uniknięcia skutku, którego sprawca szkody nie chciał wywołać. Decydujące znaczenie ma miernik staranności, jaki przyjmuje się za wzór prawidłowego postępowania. W tej materii podstawowe znaczenie ma art. 355 k.c. który jako przepis ogólny odnosi się zarówno do odpowiedzialności kontraktowej, jak i deliktowej. Ocena miernika postępowania, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia należytej staranności, nie może być formułowana na poziomie obowiązków niedających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń uwzględniających reguły zawodowe i konkretne okoliczności, a także określony typ stosunków (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 1998 r., III CKN 574/97). Artykuł 355 § 2 k.c. przewiduje, że w odniesieniu do dłużnika prowadzącego działalność gospodarczą określenie należytej staranności wymaga uwzględnienia zawodowego charakteru tej działalności, a zatem profesjonalizm wynikający z ustawy decyduje o mierniku należytej staranności, której nie można wymagać w przypadku zlecenia takiej samej usługi podmiotowi, który nie prowadzi działalności gospodarczej w zakresie tego rodzaju usług. Przy ocenie

właściwej miary należytej staranności nie można pomijać okoliczności faktycznych konkretnej sytuacji, w której dany dłużnik podjął działanie, gdyż ostatecznie to one determinują treść modelu prawidłowego postępowania. Należy abstrahować od indywidualnych przymiotów i cech pracowników, przedsiębiorcy, przyjmując w tej kwestii standard obiektywny. W konsekwencji na gruncie odpowiedzialności kontraktowej zarzut niedbalstwa (zwykłego) jest uzasadniony wtedy, gdy dłużnik zachował się w sposób odbiegający od modelu wzorcowego, ujmowanego abstrakcyjnie. Modelowy wzorzec postępowania należy odnieść do konkretnych okoliczności, w jakich działa kontrahent i dopiero ustalenie, że w konkretnych okolicznościach dłużnik mógł zachować się w sposób należyty, uzasadnia postawienie mu zarzutu nagannej decyzji.

Jak wspomniano już w świetle powołanych przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych w zw. z art. 25 ust. 1 u.p.z.p. z 2004 r. (a także art. 23 ust. 1, 3 i 6 u.p.z.p. u.p.z.p. z 2004 r.) i przepisów wydanego na podstawie art. 25 ust. 1 tej ustawy rozporządzenia wykonawczego (§ 4), pozwany miał prawo żądać od powodowych spółek ubiegających się w ramach konsorcjum o realizację części V zamówienia wylegitymowania się certyfikatem bezpieczeństwa przemysłowego, a ponadto w SIWZ zaznaczył, że w przypadku ubiegania się przez wykonawców wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego każdy z nich powinien samodzielnie spełnić warunki dotyczące uprawnień. Powodowe spółki nie podnoszą, że treść SIWZ w tym zakresie była dla nich niezrozumiała lub wprowadzająca w błąd. Zresztą wykonawca może zwracać się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ (zob. art. 38 u.p.z.p. z 2004 r.).

W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 u.p.z.p. z 2004 r. lider konsorcjum w piśmie z 10 kwietnia 2018 r. wskazał, że poza lakoniczną dyspozycją zawartą w rozdziale V pkt 3 SIWZ zamawiający nie uzasadnił dlaczego warunek posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, który dotyczył tylko części V zamówienia, powinien być spełniony samodzielnie przez każdego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a okoliczność ta uszła uwadze członków konsorcjum, z których tylko jeden, tj. J.1 sp. z o.o. posiada takie świadectwo. Ponadto podkreślił, że podział obowiązków i zakres czynności w ramach umowy konsorcjum został tak określony, aby uwzględniał bezwzględnie obowiązujące przepisy

dotyczące postępowania z szeroko rozumianymi informacjami niejawnymi, w ten sposób, że spółka J.1 będzie w 100% zaangażowana w realizację zamówienia w zakresie wymagającym dysponowania świadectwa bezpieczeństwa teleinformatycznego z 20 listopada 2017 r.

Treść tego pisma potwierdza, że powodowe spółki nie zapoznały się należycie z wymogami udziału w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie jego części V oraz nie skorzystały z ewentualnej możliwości zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie wątpliwych dla nich zapisów SIWZ. W zamówieniu odnoszącym się do jego części V nie było podziału na dalsze części w taki sposób, aby zostały wyodrębnione i oddzielone prace, które nie kolidowałyby z obowiązkiem posiadania przez wykonawców certyfikatów bezpieczeństwa przemysłowego. Skarżące nawet nie twierdzą, że przedstawiły ofertę na wykonanie części V zamówienia z wyodrębnieniem tych części, których realizacja nie wymagałaby posiadania certyfikatu bezpieczeństwa przemysłowego. Zatem część V zamówienia należy traktować jako całość i każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o jego realizację zobowiązany był stosownie do postanowień SIWZ - mających podstawę także w powołanych wyżej przepisów prawnych o charakterze bezwzględnie obowiązującym - przedstawić wymagane certyfikaty bezpieczeństwa przemysłowego. Ponadto zgodnie z art. 141 u.p.z.p. wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 u.p.z.p., ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy.

W konsekwencji zawinienie powódek w nieprzedłożeniu przez dwie spośród nich tego rodzaju dokumentów jawi się jako oczywiste, skoro było wynikiem niedochowania należytej staranności wymaganej od profesjonalnego uczestnika obrotu prawno-gospodarczego.

Nie było podstaw do stosowania art. 5 k.c. (na taką możliwość wskazuje Sąd Najwyższy w powołanej wyżej uchwale z 22 czerwca 2017 r.), zważywszy na to, że wysokość zatrzymanego wadium stanowi ok. 1,2 % oferowanego przez powódki wynagrodzenia za wykonanie V części zamówienia.

Z tych względów Sąd Najwyższy orzekł na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c., a o kosztach postępowania kasacyjnego na podstawie art. 98 § 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c., art. 391 § 1 k.p.c. i art. 398²¹ k.p.c. w zw. art. 32 ust. 3 o Prokuraturii

Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, przy uwzględnieniu § 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust. 4 pkt. 2 i § 20 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (jedn. tekst: Dz. U. z 2023 poz.1964). Orzeczenie o odsetkach od zasądzonych kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym znajduje uzasadnienie w art. 98 § 1¹ k.p.c. w zw. z art. 19 ust. 1 i art. 31 ustawy z dnia 9 marca 2023 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 614) oraz przy uwzględnieniu § 2a rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 6 sierpnia 2014 r. w sprawie określenia brzmienia klauzuli wykonalności.

[a!]