

Sygn. akt II Ca 776/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 grudnia 2013 roku

Sąd Okręgowy w Piotrkowie Tryb. Wydział II Cywilny Odwoławczy w składzie:

|                |  |
|----------------|--|
| Przewodniczący | SSO Paweł Hochman (spr.)                         |
| Sędziowie      | SSO Grzegorz Ślęzak<br>SSR del. Mariusz Kubiczek |
| Protokolant    | sekr. sądowy Anna Owczarska                      |

po rozpoznaniu w dniu 16 grudnia 2013 roku w Piotrkowie Trybunalskim

na rozprawie sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł.

przeciwko Powiatowi (...)

o zapłatę 50.000 złotych

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Rejonowego w Bełchatowie

z dnia 23 sierpnia 2013 roku, sygn. akt I C 582/12

oddala apelację i zasądza od powoda (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. na rzecz pozwanego Powiatu (...) kwotę 1200 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu za instancję odwoławczą.

Na oryginale właściwe podpisy

Sygn. akt II Ca 776/13

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 23 sierpnia 2013 roku Sąd Rejonowy w Bełchatowie oddalił powództwo (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. przeciwko Powiatowi (...) o zapłatę 50.000,00 złotych oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 2.400,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Podstawę powyższego rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia Sądu Rejonowego.

Zarząd Powiatu w B. ogłosił przetarg nieograniczony w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - „Prawo zamówień publicznych” (dalej p.z.p) na budowę (...) przy Zespole Szkół (...) w B. z terminem składania i otwarcia ofert w dniu 27 kwietnia 2009 roku. Złożonych zostało 9 ofert w tym powoda (...) Sp. z o.o. w Ł.. Powód wpłacił wadium w wysokości 50.000,00 zł.

Punkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) określał opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Zgodnie z punktem 5.3 a) o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że wykonywali jako generalny wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie co najmniej 2 roboty budowlane w zakresie wybudowania budynków użyteczności publicznej, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca ich wykonania z potwierdzeniem że roboty wykonane były należycie.

Firma (...) sp. z o.o. w Ł. w ciągu wymaganego okresu nie była generalnym wykonawcą robót budowlanych budynków użyteczności publicznej.

Punkt 7 SIWZ zawierał informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z Wykonawcami.

Zgodnie z punktem 7.4 SIWZ Zamawiający dopuścił składanie korespondencji za pomocą faksu. Jeżeli Zamawiający lub Wykonawca przekazywali korespondencje faksem, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie miała potwierdzić fakt otrzymania faksu.

Korespondencję przekazaną Zamawiającemu za pomocą faksu uważa się za złożoną w terminie, jeżeli jej treść dotarła na adres w godzinach pracy zamawiającego i została niezwłocznie potwierdzona pisemnie (pkt 7.5 SIWZ).

Pismem z dnia 7 maja 2009 roku powód wezwał pozwanego w oparciu o art. 26 ust 3 ustawy p.z.p. do uzupełnienia braków w postaci oświadczeń i dokumentów wymaganych zgodnie z SIWZ, które nie zostały dołączone do oferty - w terminie do dnia 12 maja 2009 roku do godziny 15.00. Pismo powyższe zostało przesłane faksem do powoda dnia 7 maja 2009 roku o godzinie 13.31. Jednocześnie pismo przesłano drogą pocztową. - nadane w placówce pocztowej dnia 7 maja 2009 roku. Powód odebrał pismo z dnia 7 maja 2009 r. przesłane przesyłką poleconą - dnia 13 maja 2009 r. Do usunięcia braków poprzez wysłanie pism faksem wezwano również 4 inne firmy, które przystąpiły do przetargu.

Dnia 13 maja 2009 r. około godziny 9-10 B. W. (1) zajmująca się przedmiotowym przetargiem z ramienia Zamawiającego zadzwoniła do firmy (...), gdyż tylko ta firma nie uzupełniła braków do dnia 12 maja 2009 r. do godziny 15.00. Telefon miał na celu wyjaśnienie czy dokumenty zostały wysłane pocztą w określonym terminie. Otrzymała odpowiedź, że firma nie będzie uzupełniać dokumentów.

Pismem z dnia 18 maja 2009 roku Powiat B. powiadomił powoda o wykluczeniu z procedury przetargowej na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy p.z.p. na skutek nieuzupełnienia oferty w określonym terminie. Jednocześnie Zamawiający złożył oświadczenie o zatrzymaniu wadium z powołaniem się na art. 46 pkt 4a w/w ustawy.

W odpowiedzi powód pismem z dnia 22 maja 2009 r. oświadczył, iż pismo wzywające do złożenia wyjaśnień i uzupełniania braków otrzymał już po wskazanym terminie tj dnia 13 maja 2009 r. drogą pocztową. Ponadto zwrócił się o zwrot wadium.

Dnia 22 maja 2009 r. pozwany zwrócił się do powoda z prośbą o przedłużenie związania ofertą na okres do dnia 28 lipca 2009 r., oświadczając, że wiąże się to z przedłużeniem ważności wadium. Związane to było z złożeniem protestu przez jedną z firm biorących udział w przetargu. Powód nie wyraził na powyższe zgody i wniósł o zwrot wadium przesyłając odpowiedź faksem z prośbą o potwierdzenie otrzymania faksu.

Pismem z dnia 1 czerwca 2009 r. Powiat (...) powiadomił powoda o rozstrzygnięciu przetargu.

Pismem z dnia 3 czerwca 2009 r. pozwany ponownie odmówił zwrotu wadium powodowi powołując się na argumentację zawartą w piśmie z dnia 18 maja 2009 r. Pismo powyższe zostało przesłane do powoda faksem dnia 4 czerwca 2009 r. o godzinie 8.40. Jeszcze tego samego dnia powód odpowiedział nie zgadzając się ze stanowiskiem pozwanego, przesyłając odpowiedź faksem. Dnia 24 czerwca 2009 r. (...) Sp z o.o. w Ł. złożyła do Zamawiającego

formalny protest. W piśmie tym Wykonawca - powód oświadczył, iż nie mógł spełnić wymogu określonego w punkcie 5.3.a) SIWZ i wykazać innych robót o podobnym charakterze wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, niż te wskazane w wykazie załączonym do oferty, stąd Wykonawca podlega wykluczeniu a jego ofertę należało odrzucić nawet gdyby w terminie do dnia 12 maja do godziny 15.00 odpowiedział na wezwanie zamawiającego, albowiem i tak nie mógłby wykazać spełnienia warunku SIWZ z punktu 5.3a).

Dnia 30 czerwca 2009 r. pozwany poinformował o zaniechaniu rozstrzygnięcia protestu i ponownie odmówił zwrotu wadium.

W konsekwencji powyższych ustaleń Sąd Rejonowy uznał, że powództwo nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Sądu pozwany Powiat (...) był upoważniony do zatrzymania wadium wpłaconego przez powoda przy przystąpieniu do przetargu nieograniczonego na budowę(...) przy Zespole Szkół (...) Nr (...) w B..

Zgodnie z art. 9 ust 1 ustawy „Prawo zamówień publicznych” postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Artykuł 27 ustawy p.z.p. jest przepisem szczególnym w świetle którego należy stwierdzić, że zasada pisemności podlega ograniczonemu zastosowaniu w przypadku odmiennej woli zamawiającego na rzecz formy w postaci faksu czy drogi elektronicznej. Art. 27 ustawy p.z.p. znajduje zastosowanie do wszelkich oświadczeń, zawiadomień i informacji przekazywanych w toku postępowania ( wyrok SN z 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, Lex Omega). Potwierdzenie zaś na piśmie informacji przesłanych faksem lub drogą elektroniczną jako warunek uznania pism za doręczone w terminie jest niezbędne jedynie wtedy, gdy reguła taka jest wyraźnie wskazana przez zamawiającego w SIWZ ( komentarz do art. 27 ustawy p.z.p. Małgorzata Stachowiak, Lex Omega).

Punkt 7.1 SIWZ stanowi powtórzenie art. 9 ust 1 ustawy p.z.p. gdzie podobnie dokonano zastrzeżenia wyjątków określonych w ustawie , a takim wyjątkiem jest art. 27 ust 1 ustawy p.z.p. Stosując się do tych zapisów zamawiający w punkcie 7.4 i 7.5 SIWZ dopuścił składanie korespondencji za pomocą faksu. Strona powodowa przystępując do przetargu zapoznała się z treścią SIWZ co potwierdził A. N. - Prezes spółki, zaakceptowała więc powyższe rozwiązania.

Sąd Rejonowy podniósł, iż w normalnym toku czynności mieści się konieczność zapewnienia prawidłowego funkcjonowania urzędnika adresata, które wskazał on nadawcy jako możliwy do wykorzystywania środek komunikacji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z 11.01.2013 r KIO 2861/12, Lex Omega). Dostrzeżenia wymaga fakt, że powód nie złożył kompletnych dokumentów wymaganych zgodnie z SIWZ musiał zatem oczekiwać, że konsekwencją tego będzie wezwanie do uzupełnienia braków.

Pozwany dnia 7 maja 2009 r. wysłał do powoda wezwanie do uzupełnienia dokumentacji złożonej do oferty przetargowej do dnia 12 maja 2009 r. do godziny 15.00. Faktem jest, że pozwany nie uzupełnił brakujących dokumentów w ogóle nie odpowiadając na wezwanie. Za niewiarygodne i gołosłowne Sąd Rejonowy uznał jednocześnie zeznania świadka G. R. (1), E. S. (1) czy też A. N., że nie otrzymali tegoż faksu z dnia 7 maja 2009 r. a o konieczności uzupełnienia dokumentów dowiedzieli się po odbiorze przesyłki pocztowej dnia 13 maja 2009 r. Ponadto E. S. (1) oświadczyła, że aparat faksu mógł być niesprawny. Na powyższe okoliczności nie przedstawiono żadnych dowodów. Pozwany natomiast przedłożył pozytywny raport wysłania faksu dnia 7 maja 2009 r. do powoda. Przedłożenie przez pozwanego tegoż pozytywnego raportu wysłania faksu stwarza domniemanie prawne, iż oświadczenie (wezwanie do uzupełnienia brakujących dokumentów) otrzymał w sposób pozwalający na zapoznanie się z jego treścią. Powód - o ile temu zaprzecza - powinien wykazać, że oświadczenia tego (wezwania) nie otrzymał. Wykazanie takie powinno nastąpić za pomocą środków dowodowych, choćby wykazu połączeń faksowych z urządzeniem faksowym w danym dniu czy potwierdzenia, iż urządzenie faksowe nie funkcjonowało prawidłowo (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z 30.09.2011 r. KIO 1984/11, KIO 1987/11, Lex Omega).

Potwierdzeniem powyższego stanowi również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z 11.07.2012 r. , KIO 1344/12, (publ, Lex Omega) oraz postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu

Zamówień Publicznych z 19.08.2009 KIO/UZP 1023/09, (publ Lex Omega). Zgodnie z powołanymi orzeczeniami raport transmisji faksu (komunikacja za pośrednictwem faksu była dopuszczoną w SIWZ formą porozumiewania się z wykonawcami), potwierdzający przekazanie dokumentów stwarza domniemanie, że oświadczenie dotarło do adresata w taki sposób, że mógł się zapoznać z jego treścią.

Takie stanowisko przedstawił również Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 2 października 2002 r., sygn. akt IIIPZP 17/02.

Zgodnie z art. 61 k.c. oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Jak wskazuje się z doktrynie i orzecznictwie, już sam raport z transmisji faksu stwarza domniemanie prawne, że oświadczenie nadawcy doszło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią.

Dalej idący w swych wnioskach jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 1468/12 z dnia 24 lipca 2012 r. (publ Lex Omega) gdzie wyraźnie stwierdzono, że raport z transmisji zakończony rezultatem OK. stanowi domniemanie, że określona korespondencja faksowa została przesłana. Domniemanie to podlega obaleniu przez wykonawcę, na którym spoczywa ciężar dowodu wykazania określonych faktów z których wywodzi skutki prawne. Wykonawca musi wykazać, że do transmisji faksowej nie doszło. Jednocześnie KIO zwróciła uwagę na to, że art. 27 ust 2 ustawy p.z.p. nie zawiera bezwzględne obowiązku żądania potwierdzenia w każdym wypadku prawidłowości przesłania faksu.

Zgodnie z treścią art. 6 k.c. znajdującego zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego stosownie do art. 14 u.p.z.p. ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z wykazywanego faktu wywodzi skutki prawne. Wobec przedłożenia przez pozwanego dowodu w postaci potwierdzenia nadania faksu, na powódzie spoczywa ciężar udowodnienia, że przedmiotowego faksu nie otrzymał. Powód nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie prezentowanego stanowiska. Zaznaczyć należy, że powód powoływał się na wadliwość posiadanego urządzenia w postaci faksu dopiero w toku niniejszego postępowania. W toku zaś postępowania z ustawy p.z.p. przesyłał również pisma do pozwanego drogą faksową. Odebrał również pismo od pozwanego z dnia 3 czerwca 2009 r. (raport z transmisji faksu z 4.06.2009 r.) gdyż już tego samego dnia udzielił odpowiedzi na powyższe. Wskazuje to na prawidłowość działania urządzenia powoda.

Reasumując powyższe stwierdzić należy, że powód nie udowodnił w sposób dostateczny, iż nie otrzymał wezwania i wyłącznie z tego powodu nie uzupełnił dokumentów wymaganych przez zamawiającego. Ponadto należy zauważyć, że powód w żaden sposób nie zareagował na otrzymane drogą pocztową dnia 13 maja 2009 r. wezwanie z dnia 7 maja 2009 r. Nie podnosił faktu nie otrzymania tegoż pisma drogą faksową, aż do momentu kiedy został poinformowany o decyzji w przedmiocie zatrzymania wadium przez zamawiającego.

Brak żądanych dokumentów pozwala na stwierdzenie, że powód nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem decyzję zamawiającego pozwanego o wykluczeniu powoda z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą należy uznać za uzasadnioną. Zaznaczyć należy fakt, iż powód nie złożył żądanych dokumentów gdyż takich nie posiadał. Przyznał to w piśmie z dnia 24 czerwca 2009 r., jak również przesłuchany w charakterze strony Prezes Spółki - A. N..

Okoliczności te wskazują, że wykonawca zachowywał się biernie wobec otrzymanego wezwania, wobec czego jego wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy p.z. p. było zasadne.

Sąd uznał za wiarygodne zeznania świadków B. W. (1) i U. Ś.. Zeznania ich są logiczne, korespondują ze sobą oraz znajdują odzwierciedlenie w dokumentach zgromadzonych w sprawie.

Konsekwencją tak ustalonego stanu faktycznego i oceny zebranego materiału dowodowego był obowiązek pozwanego do zatrzymania wadium w kwocie 50000,00 zł na podstawie art. 46 ust 4a ustawy p.z.p. (obowiązujący od dnia 24 października 2008 r) zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3 ustawy p.z.p. 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 . Przepis ten wskazuje , że w przypadku gdy wykonawca prawidłowo wezwany do uzupełnienia dokumentów , oświadczeń lub pełnomocnictw przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust 3, nie uzupełnia ich i nie udowodni , że brak uzupełnienia wynikał z okoliczności od niego niezależnych spełniona jest dyspozycja przepisu nakazująca zatrzymanie wadium. Przepis ten jest sformułowany szeroko i ma zastosowanie do każdej sytuacji , gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego , nawet poprzez przedłożenie na wezwanie dokumentu innego niż żądał zamawiający. Dotyczy to również sytuacji złożenia przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dokumentów lub oświadczeń , które nie potwierdzają istnienia kryteriów uprawniających wykonawcę do uczestniczenia w postępowaniu ( komentarz do art. 46 ustawy p.z.p, Małgorzata Stachowiak , LexOmega oraz wyrok SA w Warszawie z dnia 10.01.2013 r , VI ACa 1053/12, publ Lex Omega)).

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. stosując zasadę odpowiedzialności za wynik procesu. Skoro powód przegrał proces w całości, winien zwrócić pozwanemu poniesione przez niego koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony. Mając powyższe na uwadze Sąd zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 2400,00 zł tytułem kosztów procesu, na którą to kwotę składa się kwota wynagrodzenia pełnomocnika, ustalona w oparciu o § 6 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (Dz. U. Nr 163, po. 1349 ze zm.).

Apelacje od powyższego orzeczenia wniósł pełnomocnik powoda, który zaskarżył je w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1) naruszenie prawa materialnego:

a) art. 61 § 1 kc w zw. z art. 9 ust. 1, art 27 ust. 1, 2, art 26 ust. 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. Nr 113 z 2010 r. poz. 759 z późn.. zm.) poprzez błędna wykładnię i w konsekwencji przyjęcie, że powód został skutecznie wezwany do uzupełnienia braków oferty przesyłką faksową, skierowaną doń dnia 7.05.2009 r.,

b) art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. nr 113 z 2010 r. poz. 759 z późn. zm.) w zw. z art. 405 kc poprzez błędną wykładnię i skutek niej niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do bezpodstawnego wzbogacenia pozwanego w wyniku zatrzymania wadium,

c) art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 85 ust. 4 ustawy z dnia 29.01.2004 r. o zamówieniach publicznych (tj. Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 z późn. zm.) poprzez zaniechanie przypisania właściwych skutków prawnych wnioskowi Powiatu (...) o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i ważności wadium , skierowanemu do (...) sp. z o.o. dn. 22.05.2009 roku.

2) naruszenie przepisów postępowania:

a) art. 233 § 1 kpc poprzez nieprawidłową ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności:

- zaniechanie przypisania mocy dowodowej dokumentowi w postaci oświadczenia powoda z dnia 22.05.2013 r., w którym powiadamia on Powiat B. o przyczynach zaniechania uzupełnienia dokumentacji po dniu 13.05.2009 r.
- odmowę wiarygodności zeznaniom świadków G. R. i E. S. mimo, że zeznania G. R. zostały potwierdzone w znacznej mierze, opisanym wyżej dokumentem z dnia 22.05.2013 r.
- przyznanie przymiotu wiarygodności zeznaniom świadka B. W. mimo, że jej zachowanie, polegające na sfalszowaniu dokumentu, potwierdzającego nadanie faksu przez powoda w dniu 7.05.2009 r. (załączonego do odpowiedzi na pozew), wykazuje, że świadek ów przygotowuje dowody w celu uzyskania rozstrzygnięcia korzystnego dla strony pozwanej,

b) art. 328 § 2 kc poprzez zaniechanie odniesienia się w uzasadnieniu orzeczenia do treści dokumentu z dnia 22.05.2009 r., w którym Powiat B. wystąpił do powoda o przedłużenie związania ofertą i okresu ważności wadium,

c) art. 316 kpc poprzez błąd w ustaleniach faktycznych w konsekwencji niewłaściwej oceny dowodów, poprzez ustalenie, iż powód został skutecznie wezwany przez zamawiającego do usunięcia braków oferty przesyłką faksową, nadaną dnia 7.09.2009 r.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa oraz orzeczenie o kosztach postępowania za I instancję, stosownie do ostatecznego wyniku sprawy, oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego.

Sąd Okręgowy zważył co następuje.

Apelacja jest nieuzasadniona.

Na wstępie należy stwierdzić, że w ocenie Sądu drugiej instancji Sąd Rejonowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych w konsekwencji zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego art. 233 art. 316, art. 328 kpc uznać należy za nieuzasadnione.

Sąd pierwszej instancji nie przekroczył zasad swobodnej oceny dowodów określonych w przepisie art. 233 kpc. Tym samym dokonał prawidłowej oceny zeznań świadków G. R. (1) i E. S. (1), oraz zeznaniom A. N., przesłuchanego w charakterze strony. Wbrew twierdzeniom strony powodowej przedstawionym w skardze apelacyjnej wskazani wyżej świadkowie oraz przesłuchany w charakterze strony A. N. nie podali, że strona powodowa nie otrzymała drogą faksową w dniu 7 września 2009 roku oświadczenia Powiatu B., wzywającego do usunięcia braków oferty ograniczając się w tym zakresie do stawiania hipotez o możliwości nie otrzymania powyższego wezwania.

To, że powód polecił zatrudnionym pracownikom, zajmującym się zagadnieniami zamówień publicznych, niezwłoczne udzielanie odpowiedzi na każde zapytanie zamawiającego nie może również stanowić dowodu potwierdzającego nieotrzymanie wezwania z dnia 7 września 2009 r. Z kolei przedstawione w apelacji zapatrywania odnoszące się do jakości działania urzędzeń faksujących w 2009 r. uznać należy za całkowicie nieprzekonywujące. Taka forma komunikacji jest znana od wielu lat i w 2009 r. urzędzenia służące do jej realizacji z pewnością nie były nowe i niedoskonałe.

Nieuprawnione jest jednocześnie w ocenie Sądu Okręgowego kwestionowanie prawdziwości zeznań świadka B. W. (1) z powołaniem się na okoliczność, że świadek jako prowadzący przedmiotowe postępowanie z ramienia zamawiającego, jest zainteresowany wynikiem rozstrzygnięcia. Zarzut taki można by przypisać również pracownikom powodowej spółki a tym bardziej przesłuchiwanemu w charakterze strony A. N...

Podkreślić należy, że wskazani wyżej a zgłoszeni przez stronę powodową świadkowie odnosząc się w swych zeznaniach do kluczowych dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy okoliczności dotyczących przebiegu kontaktów między stronami w maju 2009 r. odwołują się, co zrozumiale mając na uwadze znaczny upływ czasu, do niepamięci podając jedynie pewne hipotezy. Istotnej dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy okoliczności, czy strona powodowa otrzymała faks z wezwaniem do uzupełnienia braków oferty, G. R. (1) ani E. S. (1) nie zaprzeczyły, zeznając że takiego faksu nie było. Powołały tylko bliżej nie sprecyzowane wątpliwości w tym zakresie wynikające z faktu, że w tym okresie dochodziło do uszkodzeń będącego na wyposażeniu powodowej spółki urzędzenia służącego do odbioru przesyłanej w tej formie korespondencji. Trudno uznać tego typu twierdzenia za nie budzący wątpliwości dowód w sprawie.

Fakt wysłania faksu potwierdza dokument określany jako raport z transmisji. Fakt ten został potwierdzony dodatkowo zeznaniami świadka B. W. (3).

Odnosząc się do zeznań świadka B. W. (4) wskazać należy, że jej zachowanie polegające na dokonaniu następczych adnotacji na faksie z dnia 7 września 2009 r. było nieprawidłowe. Nie sposób jednak zgodzić się ze stanowiskiem

pełnomocnika powoda jakoby potwierdziła ona w dokumencie nieprawdę, iż przesłany on został we wskazanym wyżej dniu. Wskazaną datę wysłania faksu potwierdza wydruk kontrolny, i jest ona zgodna z adnotacją poczynioną przez wyżej wymienioną. Ważność powyższego dokumentu nie została zakwestionowana.

Reasumując powyższe rozważania uznać należy za wynikające z przeprowadzonych w sprawie dowodów ustalenie iż pozwany w dniu 7 września 2009 r. skierował do powoda wezwanie do uzupełnienia złożonej oferty i że powód mógł z tym wezwaniem się zapoznać. Powyższe ustalenie nie zostało poczynione z naruszeniem przepisu art. 233 kpc.

Sąd drugiej instancji nie podziela również zarzutu odnoszącego się do zaniechania zdaniem skarżącego przypisania mocy dowodowej dokumentowi w postaci oświadczenia powoda z dnia 22 maja 2013 r., w którym powiadamia on Powiat B. o przyczynach zaniechania uzupełnienia dokumentacji po dniu 13 maja 2009 r. powyższy dokument jako prywatny jest dowodem tego, że powód zawarł w nim stosowne oświadczenie ( art. 245 kpc ). Oświadczenie powoda nie przesądza natomiast o prawdziwości przyczyn jakie wskazał dla uzasadnienia odmowy uzupełnienia złożonej w toku przetargu oferty.

Wydając zaskarżone orzeczenie Sąd pierwszej instancji nie naruszył również przepisu art. 328 § 2 kpc poprzez zaniechanie odniesienia się w uzasadnieniu orzeczenia do treści dokumentu z dnia 22 maja 2009 r., w którym Powiat B. wystąpił do powoda o przedłużenie związania ofertą i okresu ważności wadium. Nie podejmując rozważań w tym przedmiocie Sąd pierwszej instancji uznał zapewne ( poniekąd słusznie ), że powyższa okoliczność wbrew stanowisku strony powodowej nie jest istotna dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Przedłużenie o związanie ofertą jest w ocenie Sądu Okręgowego standardowym zachowaniem w sytuacji gdy złożono odwołania od rozstrzygnięcia przetargu. Z powyższego wystąpienia nie można wywodzić faktu, że strona pozwana zrezygnowała z wywodzenia skutków prawnych z nieuzupełnienia w trybie art. 24 – 26 pzp braków formalnych oferty złożonej przez powoda. ( powyższa uwaga odnosi się również do zgłoszonego w skardze apelacyjnej zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 85 ust. 4 ustawy z dnia 29.01.2004 r. o zamówieniach publicznych (tj. Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 z późn. zm.)).

Niezrozumiały jest natomiast zarzut naruszenia przepisu art. 316 kpc. Błąd w ustaleniach faktycznych i niewłaściwa ocena dowodów, nie może skutecznie uzasadniać naruszenia powołanego wyżej przepisu.

W ocenie Sądu Okręgowego w okolicznościach omawianej sprawy ciężar udowodnienia faktu, że wskazany wyżej faks z dnia 7 maja 2009 r. nie został dostarczony obciążał stronę powodową. W tym zakresie podzielić należy poglądy wyrażone w uzasadnieniu Sądu Rejonowego. Należy zaznaczyć, że akceptując swój udział w przetargu i co za tym idzie specyfikację ogólnych warunków zamówienia powód przyjął do wiadomości, że zamawiający zastrzegł sobie prawo do kierowania do oferentów korespondencji za pomocą faksu. Rzeczą powoda było więc zapewnienie właściwych warunków technicznych pozwalających na odbiór korespondencji przesyłanej w omawianej formie. W ocenie Sądu Okręgowego regulacja punktu 7 SOWZ była wbrew twierdzeniom skarżącego oczywista. Zamawiający mógł swoje żądania i oświadczenia kierować do oferentów za pośrednictwem faksu, natomiast oczekiwanie potwierdzenia doręczenia tego faksu przez odbiorcę nie było obowiązkowe.

Podkreślić należy, że zaprezentowany powyżej stanowisko o prawidłowości ustalenia, że powód odebrał przesłany mu przez pozwanego faks nie uchybia zacytowanym przez skarżącego poglądom doktryny ani treści orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2008 r., ( sygn. akt IV CSK 9/08 ). Za przyjęciem powyższego ustalenia przemawia całokształt dowodów przeprowadzonych przez Sąd pierwszej instancji poparty zawartymi w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia argumentami, które Sąd Okręgowy przyjmuje za własne.

Sąd Okręgowy wykorzystując złożone przez stronę pozwaną dokumenty przetargowe dokonał porównania Specyfikacji Ogólnych Warunków Zamówienia z treścią złożonej oferty. Celem powyższej czynności było ustalenie zasadności wezwania powoda do uzupełnienia braków złożonej oferty. Oceniając zasadność skierowanego do powoda wezwania wskazać należy, że może ono budzić wątpliwości tylko co do żądania przedstawienia prawidłowych gwarancji

bankowych. W pozostałym zakresie wezwanie dotyczyło istniejących braków oferty a co za tym idzie było w pełni uzasadnione.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia prawa materialnego wskazać należy, że również w ocenie Sądu Okręgowego w omawianej sprawie strony umówiły się, że korespondencja związana z procedurą przetargową mogła być przekazywana za pośrednictwem faksu. Warunkiem skutecznego doręczenia pisma było aby strona, której przekazywane było oświadczenie miała możliwość się z nim zapoznać ( art. 61 kc). Skoro w toku postępowania nie udowodniono, że powód został pozbawiony powyższej możliwości za bezzasadny należy uznać zarzut naruszenia powyższego przepisu w zw. z art. 9 ust. 1, art. 27 ust. 1, 2, art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. Nr 113 z 2010 r. poz. 759 z późn. zm.). W tym miejscu podnieść również należy, że przepisy art. 9 ust. 1 p.z.p. oraz 27 ust. 1 p.z.p., dopuszczają zaznaczenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez zamawiający również innej niż pisemna formy doręczania korespondencji. Z kolei zapis pkt 7.4. specyfikacji stanowiący, że zamawiający dopuszcza składanie korespondencji za pomocą faksu w sposób jednoznaczny dopuszczał przyjęcie w kontaktach między uczestnikami postępowania przetargowego wskazanej wyżej formy komunikowania.

W omawianej sprawie zatrzymanie wadium nie było nieuprawnione; znajduje swoją podstawę w treści przepisu art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. nr 113 z 2010 r. poz. 759 z późn. zm.). Powyższe stanowisko wyklucza uwzględnienie zarzutu naruszenia przepisu art. 405 KC poprzez błędną wykładnię. Pozwany w ocenie Sądu Okręgowego zatrzymując wadium nie stał się tym samym bezpodstawnie wzbogacony. Analiza orzecznictwa sądowego zapadającego na tle stosowania art. 46 ust. 4a pzp daje podstawy na zaobserwowanie tendencji do liberalizacji w zakresie wykonywania wynikających powyższego przepisu uprawnień do zatrzymania wadium. W swych ostatnich orzeczeniach Sąd Najwyższy odchodzi od koncepcji bezwzględnego stosowania powyższego przepisu. Powołany w uzasadnieniu skargi apelacyjnej wyrok z 10 maja 2013 r., ( sygn. akt I CSK 422/12 ) zapadł jednak w odmiennym od omawianego stanie faktycznym. We wskazanej sprawie pomiędzy zamawiającym a oferentem istniał spór co do tego czy złożone przy okazji złożenia oferty dokumenty były wystarczające, oferent złożył żądane przez zamawiającego dokumenty. Tymczasem w omawianej sprawie powód nie podjął żadnych działań akceptując tym samym swoje wykluczenie z przetargu. W omawianej sprawie również na skutek zaniechania powoda koszt inwestycji realizowanej przez pozwanego wzrósł o prawie 25 % -700 000 zł. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie daje wprawdzie podstaw aby postawić powodowi zarzut „zmowy cenowej”, nie mniej jednak wskazanej wyżej okoliczności nie można nie dostrzec. Podkreślić należy, że w powołanym wyżej orzeczeniu Sąd Najwyższy wskazał, że art. 46 ust. 4a pzp ma charakter sanacyjny i dyscyplinujący, czego konsekwencją jest konieczność jego ścisłej interpretacji oraz oceny zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności sprawy oraz podkreślił, że zatrzymanie wadium, stosownie do art. 46 ust. 4a pzp jest zasadne tylko wówczas, jeśli zaniechanie wykonawcy, wezwanego przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 pzp zmierza do obejścia prawa, w szczególności do stworzenia warunków ku temu, aby zamówienie zostało udzielone wykonawcy, który zaoferuje najwyższą cenę.

Oferta powoda profesjonalisty była dotknięta szeregiem istotnych wad i braków, jak chociażby brakiem polegającym na przedstawieniu stosownych referencji wskazujących na prawidłowe wykonanie w okresie ostatnich pięciu budynków użyteczności publicznej. To, że powód nie złożył wymaganych referencji prowadzi do uznania jego działań w ramach procedury zamówień publicznych jako co najmniej nieprawidłowe, trudno bowiem przyjąć, że powodowa spółka składając ofertę nie zapoznała się ze Specyfikacją Ogólnych Warunków Zamówienia, lub że nie miała świadomości jakiego rodzaju prace wykonywała. Przedstawione przez powoda referencje lub nie dotyczyły prac rodzajowo odpowiadających wymaganiom określonym w SOWZ, lub były wykonywane przez inny niż przystępujący do przetargu podmiot (powód nie wykazał swojego następstwa prawnego ). Powyższe uwagi należy odnieść do kwalifikacji i kompetencji osób wskazanych przez powoda do prowadzenia budowy. Osoby te nie miały wymaganych SOWZ kwalifikacji.

Powyższe prowadzi do wniosku, że działanie powoda było nielojalne wobec zamawiającego. Jego postawa po złożeniu oferty była bierna a nie złożenie żadnych dokumentów nie sposób uznać za usprawiedliwione. Takiego usprawiedliwienia nie może stanowić w szczególności, jak sugeruje skarżący okoliczność, iż w rozmowie telefonicznej



dnia 13 maja 2009 roku osoba reprezentująca zamawiającego (B. W. (1) ) oświadczyła powodowi, że wobec upływu określonego terminu, uzupełnienie oferty, stosownie do wezwania z dnia 9 maja 2009 r., jest zbędne.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy uznał wniesioną apelację za nieuzasadnioną i na podstawie przepisu art. 385 k.p.c. orzekł o jej oddaleniu.

O kosztach procesu za instancję odwoławczą Sąd Okręgowy orzekł na podstawie przepisu art. 98 k.p.c. uznając powoda za przegrywającego sprawę i zasądając na rzecz pozwanego zwrot kosztów zastępstwa procesowego.

Na oryginale właściwe podpisy