

Sygn. akt II Ca 559/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 grudnia 2018 r.

Sąd Okręgowy w Białymstoku II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Barbara Puchalska/ref./
Sędziowie:	SO Jolanta Klimowicz- Popławska SO Bogdan Łaszkiwicz
Protokolant:	st. sekr. sądowy Zofia Szczęsnowicz

po rozpoznaniu w dniu 6 grudnia 2018 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) w B.

przeciwko Województwu (...)

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Rejonowego w Białymstoku

z dnia 20 kwietnia 2018 r. sygn. akt XI C 36/18

I. oddala apelację ;

II. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 1800 /jeden tysiąc osiemset / złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym .

UZASADNIENIE

Powód (...) w pozwie skierowanym przeciwko Województwu (...) wniósł o zapłatę kwoty 20 686,28 złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kwoty 317,38 złotych tytułem skapitalizowanych odsetek za opóźnienie od dnia 18 października 2017 roku do dnia 5 stycznia 2018 roku wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, a nadto zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przypisanych.

Pozwany Województwo (...) – (...) wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zwrot na jego rzecz, od powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 20 kwietnia 2018 r. Sąd Rejonowy w Białymstoku oddalił powództwo (pkt I) i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (pkt II).

Jak wynikało z ustaleń Sądu I instancji, strony w dniu 18 listopada 2016 r. zawarły umowę nr (...) w celu dofinansowania realizacji przez powoda projektu „Remont budynku Ratusza w B. P.”, która została zmieniona aneksem z dnia 16 listopada 2017 r.

Przedmiotem umowy zgodnie z § 2 (w ostatecznie obowiązującym w brzmieniu nadanym aneksem z 16.11.2017 roku) było przekazanie, wykorzystanie i rozliczanie dofinansowania oraz rozliczenie wydatków kwalifikowanych poniesionych przez beneficjenta na realizację projektu określonego szczegółowo we wniosku. Zgodnie z postanowieniami umowy beneficjent zobowiązał się do realizacji projektu zgodnie z wnioskiem o dofinansowanie. W przypadku zaś zgłoszenia pisemnych zmian i zaakceptowania ich przez Instytucję Zarządzającą Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa (...) na lata 2014 – 2020 (IŻ RPOWP), umowa miała być wykonana zgodnie ze zaktualizowanym wnioskiem o dofinansowanie. Wartość projektu stanowiła kwotę 1 801 196,22 złotych, całkowite wydatki kwalifikowane 1 453 694,00 złotych. Dofinansowanie stanowić miało kwotę 872 216,38 zł tj. nie więcej niż 60% kwoty wydatków kwalifikowanych. Wkład własny beneficjenta wynosić miał 581 477,62 złotych. Zgodnie § 3 rozpoczęcie realizacji projektu miało nastąpić w dniu 18.11.2016 r. a zakończenie dnia 31.12.2018 r. W § 3 pkt 4 ustalono, że okres obowiązywania umowy trwa od dnia jej zawarcia do dnia wykonania przez obie strony wszystkich obowiązków z niej wynikających, w szczególności w zakresie zapewnienia trwałości Projektu, rozliczenia dofinansowania oraz przechowywania i archiwizacji dokumentacji.

Kryteria, którymi kierować miał się beneficjent przy realizacji projektu, określał § 4 umowy stanowiąc w pkt 2 konieczność realizacji projektu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową jego realizację. Płatności i rozliczenia uregulowane zostały w § 8, który w pkt 1 który wskazywał, że będą się one odbywały w formie refundacji wydatków kwalifikowanych poniesionych na realizację projektu, w postaci płatności pośrednich i płatności końcowej i/lub w formie zaliczek na rachunek bankowy beneficjenta. Punkt 13 określał warunki przekazania dofinansowania. Łącząca strony umowa zawierała również uregulowania dotyczące przygotowania i przeprowadzenia przez beneficjenta postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dołożenia wszelkich starań w celu uniknięcia konfliktu interesów rozumianego jako brak bezstronności i obiektywności przy wyłanianiu wykonawcy do realizacji zamówienia (§ 10). Zgodnie z § 10 pkt 2 Beneficjent zobowiązał się do udzielenia zamówienia publicznego z uwzględnieniem procedur przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w przypadku gdy wymóg ich stosowania wynika z ww. ustawy. Jak stanowił pkt 5 § 10, w przypadku naruszenia przez Beneficjenta warunków i procedur postępowania o udzielenia zamówienia Instytucja Zarządzająca mogła dokonać korekty finansowej lub pomniejszenia wydatków poniesionych nieprawidłowo(...). Zgodnie z § 14 ust. 1, jeżeli zostanie stwierdzone, że całość lub część dofinansowania została wykorzystana niezgodnie z umową i przepisami prawa lub pobrana całość lub część w sposób nienależny lub w nadmiernej wysokości, Beneficjent zobowiązany jest do zwrotu tych środków, odpowiednio w całości lub w części, wraz z odsetkami, w sposób wskazany przez IŻ RPOWP, w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia doręczenia wezwania do zwrotu.

Sąd Rejonowy ustalił, iż na podstawie ww. umowy zostało przeprowadzone postępowanie przetargowe, w którym wyłoniono wykonawcę robót remontowych.

Najkorzystniejsza oferta została złożona przez (...) Sp. z o.o. w B.. Łącznie z ofertą (...) sp. z o.o. złożyło zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia na czas realizacji zamówienia. Z ww. oświadczenia wynikało, że (...) udostępni swoje zasoby w formie doradztwa i konsultacji, natomiast podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca.

Wezwaniem z dnia 28 lutego 2017 roku powód wezwał tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych do złożenia/uzupełnienia/poprawienia dokumentów załączonych do oferty w taki sposób, aby potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zgodności z treścią SIWS, art. 25a oraz art. 22a ustawy. Uzupelnienie miało nastąpić do dnia 2.03.2017 roku do godziny 15.00. Protokołem z dnia 3.03.2017 roku stwierdzono, że wykonawca 02.03.2017 roku złożył dokumenty, których analiza uzasadniła w oparciu o przepis art. 92 ust 31 pkt 2 ustawy z dnia 20.01.2004r, Prawo zamówień publicznych wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy PZP. Pismem z dnia 3.03.2017 roku zamawiający (...) wystosowało do wykonawców pismo o wykluczeniu z udziału w postępowaniu ofertą (...) sp. z o.o.

Do przetargu zgłosił się również m.in. Zakład Budowlano - (...), który złożył drugą, pod względem ceny, najkorzystniejszą ofertę. Wykonawca ten wniósł wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej ważnej w okresie od 24.02.2017 r. do 26.03.2017 r. z zastrzeżeniem, że jeśli data zakończenia obowiązywania gwarancji przypadłaby w dniu, w którym udzielający gwarancji nie prowadzi działalności gospodarczej, gwarancja jest ważna do pierwszego dnia roboczego. Postanowienia gwarancji wskazywały również na okoliczności, które powodują automatyczne i całkowite wygaśnięcie gwarancji m.in. po unieważnieniu postępowania.

Pismem z dnia 28 lutego 2017 roku powód, jako zamawiający, zawiadomił o odrzuceniu oferty Zakładu Budowlano - (...) argumentując, iż złożenie przez oferenta gwarancji, w której wskazano, że wygasa w momencie unieważnienia postępowania, jest niezgodne z przepisem art. 46 ust. 4a w zw. z art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowieniami 6.11 SIWS.

W dniach 12.06.2017-10.08.2017 roku instytucja zarządzająca przeprowadziła kontrolę projektu (...) stwierdzając nieprawidłowości w wykonaniu przez beneficjenta umowy.

Pismem z dnia 11 lipca 2017 r., a następnie pismem z dnia 10 sierpnia 2017 r. pozwany przedstawił stwierdzone uchybienia i nieprawidłowości, których dopuścił się Beneficjent w toku realizacji umowy o dofinansowanie. W pismach tych pozwany uzasadnił też swoje stanowisko i zawarł argumentację prawną, mającą stanowić podstawę do zatrzymania środków finansowych, należnych powodowi na podstawie umowy. Wątpliwości pozwanego dotyczyły zasadności wykluczenia wykonawcy (...) Sp. z o. o. oraz odrzucenia oferty G. O..

W stosunku do wykonawcy (...) Sp. z o. o. pozwany zarzucił powodowi brak wezwania wykonawcy na podstawie art. 22a ust 6 Prawo zamówień publicznych do zastąpienia podmiotu trzeciego - (...) Przedsiębiorstwo Budowlane SP z o.o. - innym podmiotem lub zobowiązania się do osobistego wykonania części zamówienia (wobec stwierdzenia, iż w stosunku do podmiotu trzeciego, wskazanego w ofercie wykonawcy, stwierdzono zaległości podatkowe i w składkach ZUS oraz toczącego się postępowania układowego). Pozwany stał również na stanowisku, że z wystosowanego 28 lutego 2017 r. do wykonawcy wezwania nie wynikało, jakich dokumentów zamawiający żąda oraz jakiego zachowania oczekuje od wykonawcy. Uniemożliwiło to (...) wskazanie innego podmiotu trzeciego. Podkreślił, że w przypadku nieprecyzyjnie zredagowanego żądania i oczekiwania zamawiającego, stanowisko judykatury przemawia za traktowaniem takiego wezwania jako nie zaistniałego.

W odniesieniu do odrzucenia oferty Zakładu Budowlano - (...) pozwany wskazywał na brak podstaw do odrzucenia oferty, z uwagi na zastrzeżenie wniesienia wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. W pismach argumentował, że: „...nie ulega wątpliwości, iż w przypadku gwarancji bankowych/ubezpieczeniowych nie mogą istnieć jakiegokolwiek wątpliwości, co do tego, w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne”. Argumentował, że taką też funkcję spełniała gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez wykonawcę Zakład Budowlano- (...).

Sąd I instancji ustalił ponadto, iż w pismach z dnia 18 lipca 2017 r. oraz 28 sierpnia 2017 r. powód odniósł się do zarzucanych przez Pozwanego nieprawidłowości. Argumentował, że wykluczenie wykonawcy (...)Sp z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy było obowiązkiem Powoda, zaś zrzut opierający się na niezastosowaniu art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika z błędnego dokonania oceny stanu faktycznego i

prawnego. Powód stanął na stanowisku, że przepis art. 22a ust. 6 nie jest przepisem wskazującym na odrębną od art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawę wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów. Podkreślał, że w trakcie trwania postępowania posłużył się opinią prawną Urzędu Zamówień Publicznych, której treść przytoczył, a która stanowiła interpretację przepisów art. 22a ust. 6 i 26 ust. 3 ustawy, której stanowisko podzielił. Wskazywał na wypełnienie obowiązku do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, w celu eliminacji uchybień istniejącymi po stronie podmiotu trzeciego. Powód wyraził opinię, że sposób działania, w zakresie procedury naprawczej, leżał w gestii wykonawcy. Mógł on dokonać zmiany podmiotu na zasobach, którego polegał lub w inny sposób przewidziany ustawą wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o czym został poinformowany w piśmie. Ostatecznie powód posilkując się treścią orzeczenia KIO 583/17 z 11 kwietnia 2017 r. stanął na stanowisku, że kolejne wezwanie wykonawcy w trybie art. 22a ustawy było rażącym naruszeniem przepisów - Prawa zamówień publicznych.

Odnosząc się do kwestii odrzucenia oferty G. O. powód wskazał, że wykonawca wniósł wadium w formie gwarancji bankowej, w której wskazano, że wygasa ona w momencie unieważnienia postępowania. Powyższe - jak wskazał zamawiający - oznacza, że gwarancja ta jest niezgodna z przepisem art. 46 ust. 4a w związku z art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowieniami rozdziału 6.11 SIWS. Powód wskazywał, iż mogłyby dojść do sytuacji, w której pomimo wystąpienia przesłanki zatrzymania wadium, gwarancja wygasłaby automatycznie wobec unieważnienia postępowania, pozbawiając zamawiającego prawa zaspokojenia jego uzasadnionych roszczeń kierowanych do gwaranta na podstawie art. 46 ust. 4a powołanej ustawy. Ponadto podkreślił, iż ocena prawidłowości wniesienia wadium wymaga oceny czy zabezpiecza ono interesy zamawiającego zgodnie z przepisem ustawy Prawo zamówień publicznych i zapisami SIWS.

Pozwany pismem z 13.10.2017 roku określił kwotę korekty finansowej na 20 686,28 złotych wraz z odsetkami od dnia przekazania środków. Przedmiotową kwotę powód zwrócił dnia 17 października 2017 r.

Wobec pomniejszenia dofinansowania o kwotę 20.686,28 zł powód wezwał pozwanego do dobrowolnego zwrotu kwoty wraz z odsetkami. W odpowiedzi pismem z 01.12.2017 r. pozwany poinformował, iż nie posiada wobec powoda żadnych zobowiązań. Ponadto pozwany wskazał, że pomniejszenie dofinansowania o przedmiotową kwotę, wraz z odsetkami liczonymi od dnia przekazania środków, jest wynikiem nałożonej korekty finansowej na postępowanie o zamówienie publiczne, AG/360/02/17.

Sąd Rejonowy wskazał, że spór w sprawie sprowadzał się do oceny sposobu wykonania umowy (...) przez każdą ze stron. Wiązało się to z koniecznością weryfikacji sposobu przeprowadzenia przez powoda postępowania przetargowego z jednej strony. Z drugiej zaś weryfikacji zasadności zastosowania przez pozwanego korekty finansowej, przez pryzmat przesłanek jej zastosowania i obowiązujących w tym zakresie przepisów.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15a ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (zppr) do zadań Instytucji Zarządzającej programem operacyjnym współfinansowanym ze środków unijnych należy m.in. odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przeznaczonych na realizację programów, projektów oraz zadań, o których mowa w przepisach o finansach publicznych, a także ustalanie i nakładanie korekt finansowych.

Jak wskazywał zapis § 10 ust. 1 umowy o dofinansowanie Projektu nr (...) z 18 listopada 2016 r. istnieje możliwość stosowania korekt finansowych w przypadku stwierdzenia naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (PZP). Beneficjent podpisując przedmiotową umowę wyraził zgodę na zastosowanie przez IZ RPOWP Taryfikatora korekt finansowych w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości przy weryfikacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe ustanawiało zatem uprawnienie pozwanego do naliczenia korekty finansowej.

Zgodnie z art. 2 pkt 12 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 korekta finansowa stanowi kwotę, o jaką pomniejsza się współfinansowanie UE dla projektu lub programu operacyjnego w związku z nieprawidłowością indywidualną lub systemową. Punkt 14) art. 2 stanowi natomiast, że nieprawidłowość indywidualna jest nieprawidłowością, o której mowa w art. 2 pkt 36 rozporządzenia ogólnego – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006. Ten akt prawny w punkcie 36 art. 2 definiuje „nieprawidłowość” jako każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Sąd I instancji zaznaczył, iż do stwierdzenia, czy doszło do nieprawidłowości niezbędne jest ustalenie, że na skutek działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego doszło do naruszenia prawa unijnego lub naruszenia prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego. Poza tym naruszenie to mogłoby spowodować lub powoduje szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej, w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Wskazane przesłanki muszą zostać spełnione łącznie aby można było stwierdzić, że mamy do czynienia z nieprawidłowością skutkującą nałożeniem korekty finansowej. Przy czym w obecnie obowiązującym stanie prawnym nieprawidłowością może być nie tylko naruszenie przepisów dotyczących zamówień publicznych, ale również innych przepisów, które to naruszenia wyczerpują znamiona nieprawidłowości wskazane w Rozporządzeniu 1303/2013.

Dodatkową wykładnię pojęcia nieprawidłowości zawiera orzecznictwo. Jak podkreślił Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 27 stycznia 2017 roku, I SA/Bk 899/16 "[...]samo naruszenie procedur obowiązujących przy wykorzystaniu środków pochodzących z budżetu UE nie oznacza automatycznie obowiązku stosowania korekt finansowych i zwrotu środków unijnych. Konieczna jest, bowiem ocena skutków tego naruszenia w kontekście uregulowań określonych w art. 2 pkt 7 i art. 98 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Środki unijne podlegają, zatem zwrotowi tylko wówczas, gdy wykorzystano je z naruszeniem procedur, które to naruszenie stanowi "nieprawidłowość" w rozumieniu art. 2 pkt 7 cytowanego rozporządzenia. Wymieniona "nieprawidłowość" ma natomiast miejsce w sytuacji, gdy wskutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy rozumieć, jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania, zatem, że doszło do powstania "nieprawidłowości" w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE".

Sąd Rejonowy miał przy tym na względzie, że brak wykazania związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem, a choćby hipotetyczną możliwością uszczuplenia budżetu UE przesądza o nieprawidłowym nałożeniu korekty. Szkada w budżecie ogólnym UE - zgodnie z definicją nieprawidłowości – jest określona na dwa sposoby: jako szkoda rzeczywista lub szkoda potencjalna. W rezultacie, do nałożenia korekty nie jest wymagane wystąpienie konkretnej szkody finansowej i udowodnienie jej wysokości. Wystarczającym jest wykazanie naruszenia prawa, które mogło doprowadzić do uszczuplenia środków unijnych. Wykrycie naruszenia prawa i uznanie go za nieprawidłowość, prowadzi do powstania obowiązków wiążących się z wykryciem nieprawidłowości i odzyskania przez państwo członkowskie kwot wydatkowanych nieprawidłowo – przez nałożenie korekty finansowej (art. 98 Rozporządzenia Nr 1083/2006). Naruszenie powyższych zasad niesie dla beneficjenta dofinansowania ze środków unijnych daleko idące skutki także z uwagi na treść art. 207 ust. 1 pkt 2 ustawy o finansach publicznych.

Sąd I instancji podkreślił, że nawet potencjalna szkoda stanowi w rozumieniu definicji w/w Rozporządzenia nieprawidłowość.

Zastosowana w tej sprawie przez pozwanego korekta określona została w oparciu o § 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień metodą dyferencyjną jako różnica pomiędzy ceną oferty wykonawcy niezasadnie wykluczonego, a kwotą oferty wybranej. Stosując korektę pozwany posiłkował się również dokumentem Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy Unii Europejskiej” z którego wynika, że ustalenie wysokości korekt finansowych za naruszenia przy stosowaniu prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub stosowaniu przepisów Prawa zamówień publicznych powinno uwzględniać rodzaj lub stopień naruszenia, a także skutki finansowe naruszenia dla wydatków ze środków funduszy UE, czyli powinien występować związek między naruszeniami przepisów prawa zamówień publicznych, a szkodą w budżecie.

Szczegółowe wyliczenie wartości korekty przez pozwanego nastąpiło pismem z 13 października 2017 roku. Powód nie kwestionował sposobu wyliczenia korekty, negując co do zasady jej zastosowanie. Podnosił niezasadność zarzutu naruszenia przepisów prawa prowadzącego do powstania szkody w budżecie Unii Europejskiej.

Sąd Rejonowy po dokonaniu analizy materiału dowodowego i przepisów prawa doszedł do przekonania, iż treść stawianych powodowi zarzutów, co do sposobu wyboru najkorzystniejszej oferty i przeprowadzenia postępowania przetargowego, potwierdziła zasadność zastosowanej przez pozwanego korekty.

Sąd I instancji miał na uwadze, iż stając się Beneficjentem Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...) na lata 2014-2020, powód zobowiązał się do zrealizowania Projektu zgodnie z Umową o dofinansowanie oraz jej załącznikami (stanowiącymi jej integralną część zgodnie z § 25 umowy), z zachowaniem obowiązujących aktów prawa unijnego i krajowego, w tym przepisów o zamówieniach publicznych (w zakresie, w jakim ustawa PZP ma zastosowanie do Beneficjenta i Projektu), procedur i zasad dotyczących współfinansowania w ramach RPOWP. Warunki, na jakich projekt miał być realizowany, były podstawą udzielenia Powodowi wsparcia ze środków publicznych, tj. dofinansowania wydatków kwalifikowalnych. Umowa w § 1 pkt 24 definiuje „wydatki kwalifikowalne” jako koszty lub wydatki kwalifikujące się do refundacji lub rozliczenia w przypadku systemu zaliczkowego, poniesione przez Beneficjenta lub Partnera zgodnie z Umową oraz w związku z realizacją projektu, zgodnie z zasadami obowiązującymi w Wytycznych w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...) na lata 2014-2020, które kwalifikują się do dofinansowania ze środków przeznaczonych na realizację RPOWP. Stosownie do zapisów Wytycznych warunkiem kwalifikowalności wydatków jest m.in. zgodność z obowiązującymi przepisami prawa unijnego i krajowego (rozdz. 5.2, pkt 2, lit. b) Wytycznych.

Zgodnie zaś z § 10 umowy powód jako Beneficjent zobowiązał się do stosowania przy realizacji dotowanego przedsięwzięcia przepisów o zamówieniach publicznych, a w przypadku naruszenia ustawy Pzp zaakceptował nałożenie korekty finansowej § 10 pkt 5 umowy.

W ocenie Sądu Rejonowego powód dopuścił się naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, zarówno poprzez odrzucenie oferty wykonawcy G. O., jak i wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy (...) Inwestycji Sp z o.o.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii wykluczenia (...) Sp. z o.o. Sąd I instancji zaznaczył, iż w świetle art. 26 ust. 3 PZP zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów, jeżeli złożona w ofercie dokumentacja nie potwierdza spełnienia warunków przetargu albo dokumenty w ogóle nie zostały złożone, lub zawierają błędy, ale brak ten lub uchybienia mogą zostać uzupełnione. Jeżeli natomiast dokumentacja ta wskazuje, że wykonawca nie spełnia warunków przetargu w sposób nieusuwalny, to wówczas brak podstaw do wszczęcia procedury naprawczej i wykonawca powinien zostać wykluczony zaś wadium zwrócone, zgodnie z art. 46 ust. 2 pkt 2 PZP.

Wszczęcie przez stronę powodową procedury naprawczej wskazywało zatem, że uznała ona dokumenty złożone przez tego wykonawcę wraz z ofertą za niepełne i dające się uzupełnić.

Wykonawca (...), w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu powołał się na zasoby podmiotu trzeciego tj. (...) Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. Wraz z ofertą wykonawca (...) złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia na czas realizacji zamówienia. Z zobowiązania firmy (...) Sp. z o.o. wynikało, że zasoby podmiotu zostaną udostępnione w formie doradztwa i konsultacji, natomiast podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca.

Sąd I instancji uznał, że było to zgodne z punktem 4.4 Rozdział 4 SIWZ wskazującego, że: „Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (...), polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych (...) innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych”. Zgodnie z pkt 5.1.2 Rozdział 5 SIWZ wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu, sekcja III.2 i SIWZ pkt. 4.1.1 wykluczenie wykonawców w oparciu o przesłanki określone w art. 24 ust. 1 oraz 24 ust. 5 pkt 1,2,4,8.

Zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy PZP, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Z ustępu 6. art. 22 PZP wynika, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaze zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

W tej sprawie z informacji z KRS- u dotyczącego (...) Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. załączonego do oferty wykonawcy wynikało, że firma posiada zaległości podatkowe i zaległości w składkach ZUS oraz toczy się wobec niej postępowanie układowe. Powód wystosował do wykonawcy 28 lutego 2017 roku wezwanie do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału. Wezwanie nie zawierało jednak doprecyzowania, jakich dokumentów żąda powód oraz jakiego zachowania oczekuje wobec wykonawcy. Tymczasem w sytuacji posłużenia się przez wykonawcę podmiotem trzecim oraz stwierdzenia okoliczności określonych w przepisie art. 22a ust. 6 PZP zamawiający powinien wysłać wezwanie o treści wskazanej przez przepis art. 22a ust. 6 ustawy PZP.

Zdaniem Sądu Rejonowego nie mogło budzić wątpliwości, że relacja obu tych przepisów wskazuje, iż przepis art. 22a ust. 6 PZP jedynie doprecyzowuje możliwe działania wykonawcy w sytuacjach określonych w art. 26 ust. 3 ustawy PZP przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy PZP dotyczy zatem okoliczności, gdy zgłoszony przez wykonawcę na etapie składania ofert (wniosków) podmiot trzeci nie będzie potwierdzał, że dysponuje wymaganym przez zamawiającego zasobem lub, gdy w odniesieniu do podmiotu trzeciego nie zostanie potwierdzony brak podstaw do wykluczenia. Przepis ten odnosi się zatem do ściśle wskazanej w nim sytuacji i nakłada na zamawiającego ściśle określone obowiązki w zakresie sformułowania treści wezwania w trybie art. 26 ust. 3 PZP, co potwierdza stanowisko KIO w orzeczeniu z 07.02.2017 roku KIO 191/17.

W tej sprawie w ocenie Sądu I instancji powód obowiązków tych w zakresie treści wezwania nie spełnił. Sąd Rejonowy miał na względzie, iż na gruncie przepisu art. 26 ust. 3 PZP wykształcił się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, że wezwanie do uzupełnienia dokumentu powinno mieć charakter precyzyjny i kompletny. Oznacza to, że w sytuacji, w której zamawiający stwierdza, że dokument obarczony jest błędami, jego obowiązkiem jest wskazanie wszystkich takich nieprawidłowości. Wezwaniu kierowanemu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych musi towarzyszyć jednoznaczne wskazanie przez zamawiającego dlaczego

jest ono kierowane i w jakim zakresie oczekuje wyjaśnienia, uzupełnienia lub zmiany oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Precyzyjność wezwania jest szczególnie istotna mając na uwadze zasadę jednokrotnego wezwania. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to on decyduje czy i w jakim zakresie istnieje konieczność wezwania poszczególnych wykonawców do uzupełnienia dokumentów. Stanowisko takie wprost wynika z przepisów prawa. Sąd I instancji zaznaczył ponadto, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w sytuacji, gdy wezwanie do uzupełnienia jest niejasne czy budzi wątpliwości.

Zdaniem Sądu Rejonowego powyższe wskazywało na naruszenie przez powoda przepisów art. 26 ust 3 PZP w zw. z art. 22a ust 6 PZP, poprzez skierowanie wezwania nie spełniającego wymogów precyzyjności i nie odpowiadającego warunkom przepisu art. 22a ust. 6 PZP. W takiej sytuacji wykluczenie wykonawcy (...) Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 17 ustawy było nieuzasadnione, w obliczu zaniechania zamawiającego, co do sposobu sformułowania wezwania.

Sąd I instancji wskazał, że oceniając skutek tego naruszenia w kontekście uregulowań określonych w art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. (poprzednio art. 2 pkt 7 i art. 98 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006) nie sposób nie dostrzec, że oferta tego wykonawcy była ofertą najkorzystniejszą. Jej ewentualny wybór powodowałby konieczność mniejszego zaangażowania środków unijnych w stosunku do oferty ostatecznie wyłonionej. Większe zaangażowanie środków, w obliczu istnienia możliwości zmniejszenia wydatków stanowi w ocenie Sądu Rejonowego szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. Wyraża się ona w uszczupleniu środków unijnych. Szkada ta ma postać realną, jako różnica wartości ofert i zaangażowanych środków unijnych.

Sąd I instancji stanął na stanowisku, że analiza procedury odrzucenia oferty wykonawcy G. O. Zakład Budowlano (...) również prowadziła do stwierdzenia naruszenia przez powoda przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy (...)

(...)na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7b ustawy Pzp. W opinii powoda wykonawca wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej niezgodnie z przepisami art. 46 ust. 4a w związku z art. 93 ustawy Pzp oraz postanowieniami rozdziału 6.11. SIWZ, ze względu na wpisane w gwarancji zastrzeżenia o jej wygaśnięciu w momencie unieważnienia postępowania.

Sąd Rejonowy podkreślił, że wadium powinno zabezpieczać ofertę w pełny sposób. Istotę wadium oddaje definicja kodeksowa, zgodnie z którą przez wadium należy rozumieć bądź określoną sumę pieniędzy, którą przystępujący do aukcji lub przetargu obowiązany jest wpłacić organizatorowi, bądź odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty. Ustawodawca pozostawił do decyzji wykonawcy wybór, w jakiej formie (spośród form wymienionych w art. 45 ust. 6 ustawy PZP) wniesie wadium w danym postępowaniu, czego uzasadnieniem jest założenie, że każda z takich form winna w równym stopniu zabezpieczać interesy zamawiającego.

Gwarancja jako zobowiązanie abstrakcyjne i samoistne, niezależne od stosunku podstawowego, ma być realizowana zgodnie z dosłowną treścią. Treść zobowiązania do zapłaty musi jednoznacznie wynikać z brzmienia dokumentu lub przywołania prawidłowej podstawy prawnej. Jakikolwiek odstępstwa są niedopuszczalne. Potwierdza to stanowisko wyrok KIO z którego wynika, że „zobowiązanie z gwarancji bankowej, które zostaje przez strony określone jako nieodwołalne i bezwarunkowe, jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielnym (nieakcesoryjnym), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Ze względu na abstrakcyjność gwarancji, treść gwarancji musi być precyzyjna i jasna. Wyłącznie bowiem gwarancja jest podstawą do ustalenia obowiązków i praw gwaranta oraz uprawnień beneficjenta.

Sąd I instancji zaznaczył, iż w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji jest ono skutecznie wniesione, gdy najpóźniej w terminie składania ofert zamawiający otrzyma stosowny dokument, a z jego treści wynikać będą między innymi warunki wypłaty wadium - gwarancja musi dawać zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy. Już w chwili otwarcia ofert zamawiający musi mieć pewność, że w razie zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium otrzyma sumę gwarancyjną w całości. Ponadto gwarancja jest dokumentem, który nie podlega ani uzupełnieniu ani wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 lub art. 87 ust. 1 PZP, natomiast wykładania samego dokumentu, choć dopuszczalna, nie może być rozszerzająca, a raczej powinna odbywać się ściśle. W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, gwarancja ta musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium tak, aby nie występowały żadne wątpliwości, co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Dopiero wówczas można mówić o wniesieniu wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę.

W tej sprawie, zdaniem Sądu Rejonowego, powód zdecydował o odrzuceniu oferty wykonawcy G. O. wobec nieuzasadnionego zawężenia odpowiedzialności Gwaranta w przypadku unieważnienia postępowania. Zastrzeżenia powoda budził zapis o 6.2 gwarancji wskazujący na automatyczne i całkowite wygaśnięcie gwarancji w przypadku unieważnienia postępowania. Wskazywało to w ocenie powoda, że zamawiający z chwilą dokonania czynności unieważnienia postępowania, utraci wszelkie przysługujące mu wobec gwaranta roszczenia i nie będzie mógł już skutecznie dochodzić żadnych roszczeń np. w związku z ewentualnym nie uzupełnieniem przez wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W tych okolicznościach powód przyjął, że wadium przez tego wykonawcę nie zostało w sposób prawidłowy wniesione. Jak wynika z pkt 66 rozdziału 6 SIWS Wadium musi zabezpieczać ofertę przez cały okres związania ofertą, począwszy od dnia w którym upływa termin składania ofert.

Poza sporem była okoliczność, że gwarancja była dokumentem oryginalnym i obejmowała cały okres związania ofertą. Zamawiający wyznaczył termin związania ofertą na 30 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczął się z upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 24.02.2017 r., zatem termin związania ofertą upłynął 25 marca 2017 roku o godzinie 24.00, a termin ważności gwarancji wadialnej miał upłynąć 26 marca 2017 roku (niedziela). Skoro jednak termin ten upływał w niedzielę, to gwarancja pozostała ważna do pierwszego dnia roboczego zatem do 27 marca 2017 roku. W związku z tym, termin ważności gwarancji Sąd I instancji uznał za wystarczający.

Sąd Rejonowy miał przy tym na względzie rozbieżności, jakie istnieją w orzecznictwie, co do możliwości wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, zawierającej klauzulę o jego wygaśnięciu w przypadku unieważnienia postępowania. Podzielił w tej kwestii stanowisko dopuszczające taką możliwość z zastrzeżeniem, że termin ważności gwarancji zabezpiecza ofertę przez cały okres związania nią. Takie stanowisko znalazło też odzwierciedlenie w wyroku KIO z 10 marca 2016 roku nr 237/16. Taka też sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie. Okres ważności gwarancji zabezpieczał cały okres związania ofertą i był on wystarczający.

Sąd I instancji wskazał, że hipotetyczne rozważania powoda na temat sytuacji, która ewentualnie mogłaby doprowadzić do niemożliwości zatrzymania wadium, pozostawały w oderwaniu od realiów sprawy. W przedmiotowym postępowaniu o zamówienie ubiegało się 8 wykonawców, a więc nie była to jedyna oferta złożona w postępowaniu. Nie zachodziła również okoliczność, o której mowa w art. 93 ust.1 pkt 4 PZP. Stanowisko powoda, co do wadliwości wniesionego wadium bezzasadnie zakładało konieczność kumulowania przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania z czynnością zatrzymania wadium (w tym samym dniu), czy konieczności unieważnienia błędnie dokonanej czynności unieważnienia postępowania (abstrahując od oceny dopuszczalności czynności cofnięcia unieważnienia). Jednakże to zamawiający jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Prawidłowemu przeprowadzeniu postępowania służą m.in. postanowienia SIWZ dotyczące wadium.

Podanie wymagań dotyczących wadium jest obowiązkiem zamawiającego, które winny być zgodne z przepisami ustawy PZP, ale także mają być wymaganiami adekwatnymi do możliwości sprawnego i zgodnego z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przeprowadzenia przez zamawiającego konkretnego postępowania (termin związania ofertą, którą zabezpieczać ma wadium). Zatem to zamawiający powinien przeprowadzić wszystkie niezbędne czynności w toku postępowania w takiej sekwencji (i z uwzględnieniem dni ustawowo wolnych od pracy), aby móc wystąpić do gwaranta z żądaniem zapłaty w terminie ważności gwarancji równemu terminowi związania ofertą.

Oświadczenia gwaranta o nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłacie na pierwsze wezwanie zamawiającego nie ograniczało możliwości zatrzymania wadium w sytuacjach określonych w przepisach ustawy. O odpowiedzialności gwaranta i uprawnieniach beneficjenta decyduje wyłącznie treść gwarancji. W tej zaś sprawie gwarancja była sformułowana w sposób precyzyjny i jasny.

W tej sytuacji Sąd Rejonowy wskazał, że rozdział 6 SIWS określał wymogi dotyczące wadium wskazując jednocześnie możliwość wniesienia wadium w formie gwarancji. Z rozdziału tego nie wynikała konieczność uzyskania gwarancji z terminem ważności dłuższym niż termin związania ofertą. W konsekwencji brak było podstaw do uznania, iż wniesione przez wykonawcę wadium było niezgodnie z przepisami art. 46 ust. 4aw związku z art. 93 ustawy PZP.

Skoro zatem wykonawca prawidłowo wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, zabezpieczając ofertę przez cały okres związania ofertą, a gwarant zobowiązał się do bezwarunkowego zrealizowania świadczenia w okolicznościach przewidzianych ustawą PZP, odrzucenie oferty wykonawcy Zakład Budowlano- (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy PZP w ocenie Sądu I instancji stanowiło naruszenie wskazanych przepisów. Takie działanie powoda miało wpływ na wynik postępowania przetargowego. Oferta G. O. opiewała bowiem na kwotę 938 939,78 złotych, natomiast cena oferty wybranego wykonawcy wyniosła 1 012 290,00 złotych. Wybór oferty droższej powoduje zaś automatyczną konieczność zaangażowania większej ilości środków z budżetu Unii Europejskiej i uszczuplenie budżetu o różnicę pomiędzy ofertami.

Zdaniem Sądu Rejonowego powyższe okoliczności pozwalały na przyjęcie, że na skutek błędnego działania powoda, prowadzącego do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, doszło do spowodowania szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. Szkada ta ma postać finansowania nieuzasadnionego wydatku w postaci wyboru oferty droższej, który jest bezpodstawny z ekonomicznego punktu widzenia spożytkowania środków. W ocenie Sądu I instancji powód dokonując wyboru oferty powinien kierować się dążeniem do jak najlepszego, również pod względem ekonomicznym wyboru oferty, która zapewni odpowiedni poziom wykonania usług przy optymalnym wykorzystaniu środków. Zaś przy interpretacji przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych powód mógł i powinien skorzystać z ewentualnej konsultacji z pozwanym. Zwłaszcza, w kwestii wykładni przepisów ustawy jeśli istnieją rozbieżności w orzecznictwie co do wykładni danej instytucji. Na taką możliwość wskazywał pełnomocnik pozwanego.

Dodatkowo Sąd Rejonowy zaznaczył, że działania powoda eliminujące dwóch wykonawców, którzy przedstawili najkorzystniejsze oferty godziło w prawo uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców wnoszących oferty oraz w dokonanie wydatków w sposób celowy i oszczędny. Te zaś działania zgodnie z art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15a ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, § 10 ust 5 umowy o dofinansowanie Projektu nr (...) z 18 listopada 2016 r.(w brzmieniu nadanym aneksem z 16.11.2017r.), art. 2 pkt 12 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 umożliwiały i nakazywały pozwanemu zastosowanie względem powoda korekty finansowej.

Powyższe wskazywało, że pozwany działał w granicach swoich uprawnień, zgodnie z postanowieniami umowy łączącej strony (§ 10 ust. 5). Nie doszło zatem do spełnienia przesłanek odpowiedzialności kontraktowej określonych przez przepis art. 471 k.c.

W takim stanie rzeczy Sąd I instancji oddalił powództwo.

O kosztach orzeczono na mocy przepis art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego orzeczenia wywiodła strona powodowa, zaskarżając je w całości. Zaskarżonemu rozstrzygnięciu zarzuciła:

1. naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na treść wyroku, tj.:

a) **art. 328 § 2 k.p.c. przez całkowite pominięcie w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia oceny zasadności i wiarygodności orzeczeń KIO powołanych przez powoda, zapadłych w identycznych stanach faktycznych a wskazujących na nieprawidłowość gwarancji wadialnej, w której zawarto zastrzeżenie o wygaśnięciu gwarancji w sytuacji unieważnienia postępowania przetargowego,**

b) **art. 328 § 2 k.p.c. poprzez całkowite pominięcie w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia oceny dowodu w postaci ekspertyzy potwierdzającej zgodność działań powoda z przepisami o zamówieniach publicznych,**

c) **art. 328 § 2 k.p.c. przez całkowite pominięcie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku zasadności zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy (...) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, co ma zasadniczy wpływ na działania korygujące podjęte przez stronę pozwaną,**

d) **art. 233 § 1 k.p.c. poprzez nadużycie zasady swobodnej oceny dowodów, w szczególności poprzez nie rozważenie w sposób wszechstronny zebranego materiału dowodowego – poprzez pominięcie wyroków KIO, w których zawarto obszerną argumentację przemawiającą za tym, iż zastrzeżenie o wygaśnięciu gwarancji wadialnej w przypadku unieważnienia postępowania nie zabezpiecza interesów zamawiającego oraz ekspertyzy potwierdzającej zgodność działań powoda z przepisami o zamówieniach publicznych,**

2. naruszenie przepisów prawa materialnego:

a) **art. 89 ust. 1 pkt 7b, art. 46 ust. 4a w zw. z art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że gwarancja przedłożona przez G. O. zabezpieczała interesy zamawiającego w sytuacji, gdy znalazło się w niej zastrzeżenie o wygaśnięciu zabezpieczenia w przypadku unieważnienia postępowania,**

b) **art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, że podstawa wykluczenia zawarta w tym przepisie nie zaistniała,**

c) **art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, że bezwzględna podstawa do wykluczenia wykonawcy spółki (...) zawarta w tym przepisie nie zaistniała w sytuacji, gdy wystosowanie wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma znaczenia dla samodzielnej podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 tejże ustawy,**

d) **art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ustalenie, że wezwanie wystosowane do spółki (...) było nieprecyzyjne i niekompletne w sytuacji, gdy posiadało ono wszelkie cechy świadczące o tym, iż jest precyzyjne i kompletne.**

Podnosząc powyższe, apelujący wnosil o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, ewentualnie, o

uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Odpowiedź na apelację złożył pozwany, wnosząc o jej oddalenie oraz zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

SĄD OKRĘGOWY ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:

Apelacja powoda nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Odwoławczy podziela dokonaną przez Sąd I instancji w niniejszej sprawie ocenę materiału dowodowego skutkującą przyjęciem, iż powód (...) w B. realizując zawartą z pozwanym umowę nr (...) i prowadząc w tym celu postępowanie przetargowe, dopuścił się naruszenia przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych w zakresie wykluczenia z tegoż postępowania podmiotu (...) inwestycji sp. z o.o. w B.. To zaś prowadziło do poczynienia trafnego wniosku, że zastosowana przez pozwanego korekta finansowa została dokonana w sposób prawidłowy. Sąd Rejonowy prawidłowo ustalił stan faktyczny i poddał go ocenie przez pryzmat przepisów prawa materialnego, które również w sposób prawidłowy zastosował i zinterpretował.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, że całkowicie bezzasadny jest zarzut naruszenia przez Sąd I instancji przepisu art. 328 § 2 k.p.c. Zgodnie z tą regulacją, uzasadnienie wyroku powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie wskazanie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku wraz z przytoczeniem przepisów prawa. W ocenie Sądu II instancji uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawiera wszystkie elementy, o jakich mowa w przedmiotowym przepisie. Istotne jest, że podniesienie skutecznego zarzut naruszenia tej regulacji musiałoby być związane z zaistnieniem takich braków uzasadnienia orzeczenia, które by uniemożliwiały dokonanie kontroli instancyjnej tego rozstrzygnięcia. Taka zaś sytuacja nie zaistniała w niniejszej sprawie. Wydaje się natomiast, że apelujący błędnie sformułował wymieniony zarzut, bowiem de facto odnosi się on nie do wad, jakie miały się pojawić w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, lecz do wadliwej – w ocenie skarżącego – oceny materiału dowodowego dokonanej przez Sąd Rejonowy. Takież zresztą zarzut apelujący powołał w treści apelacji – zarzucił naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez nadużycie zasady swobodnej oceny dowodów, odwołując się do tożsamyh okoliczności, jakie były przedmiotem zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Dodać należy, iż nie można uznać za skuteczny zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w sytuacji, gdy sąd nie ustosunkuje się szczegółowo do prywatnej ekspertyzy prawnej, czy któregoś z licznie cytowanych w pismach stron poglądów orzecznictwa. Sąd Rejonowy wyjaśnił bowiem podstawę prawną wyroku i przytoczył zastosowane przepisy prawa, dokonał też wykładni tych przepisów nie stroniąc od przytaczania spornych w orzecznictwie stanowisk. Braku odniesienia się do każdego z przedłożonych orzeczeń sądów lub KIO nie można traktować, tak jak chce apelujący, jako nadużycie zasady swobodnej oceny dowodów, bowiem wywody prawne zawarte w cytowanych orzeczeniach to nie dowody, a jedynie stanowisko judykatury przytoczone na poparcie forsowanej przez stronę interpretacji przepisów.

Przechodząc do meritum przypomnienia wymaga, że przedmiotem rozważań Sądu I instancji była kwestia zasadności zastosowania przez pozwanego Województwo (...) korekty finansowej w wysokości 20.686,28 zł, która została przez powoda zwrócona i której zasądzenia powód domagał się w tym postępowaniu. Dokonanie oceny w tym zakresie było zaś ściśle związane z dokonaniem weryfikacji sposobu przeprowadzenia przez (...) w B. postępowania przetargowego w wykonaniu umowy, jaka została zawarta pomiędzy stronami w celu dofinansowania przez powoda projektu „Remont ratusza w B. P.. Trzeba wskazać, że w toku tegoż postępowania, prowadzonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 21 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U., z 2018 r., poz. 1986 j.t.) doszło do wykluczenia podmiotu, który złożył najbardziej korzystną pod względem ceny, ofertę tj. (...) inwestycji sp. z o.o. w B. a także do odrzucenia oferty drugiego wykonawcy oferującego kolejno najkorzystniejszą ofertę – Zakładu Budowlano – (...).

W tym miejscu Sąd Odwoławczy odniesie się do kwestii odrzucenia przedmiotowej oferty. Po dokonaniu analizy materiału dowodowego zgromadzonego w przedmiotowej sprawie Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, iż brak było podstaw do dokonania analizy prawidłowości postępowania powoda w tej mierze. Jest tak z tej przyczyny, iż Sąd

II instancji uznał wykluczenie (...) inwestycji sp. z o.o. w B. za nieuzasadnione i podzielił zapatrywania pozwanego odnośnie zasadności zastosowania wobec powoda korekty finansowej. W takim zaś stanie rzeczy bezprzedmiotowe było rozważanie kwestii zasadności odrzucenia oferty Zakładu Budowlano – (...). Sama bowiem nieprawidłowość w postaci wykluczenia spółki (...) była wystarczającą co do zasady i wysokości przesłanką zastosowania korekty finansowej przez pozwanego.

Należy zaznaczyć, że w piśmie z dnia 22 września 2017 r. pozwany wyjaśnił, w jaki sposób doszło do ustalenia wysokości przedmiotowej korekty związanej z nieuzasadnionym wykluczeniem z postępowania przetargowego (...) inwestycji sp. z o.o. w B. (k. 106). Sąd Rejonowy w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia wskazał na podstawę prawną zastosowanej korekty oraz na metody, w oparciu o które ma to ustalenie nastąpić. Pozwany posłużył się metodą dyferencyjną – która pozwala obliczyć różnicę pomiędzy wysokością rzeczywistych wydatków ze środków funduszy UE (uruchomionych w ramach dofinansowania do realizacji danego projektu) po wystąpieniu naruszenia a hipotetyczną wysokością takich wydatków w sytuacji, gdyby naruszenie nie miało miejsca. W ww. piśmie zaznaczono, iż wykluczenie wymienionego podmiotu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy – Prawo zamówień publicznych (PZP) bez zastosowania procedury wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 PZP oraz nieprecyzyjnego wezwania wnioskodawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy ma szkodliwy wpływ na budżet UE. Wynika to zaś z faktu, iż z postępowania został wykluczony wykonawca, którego oferta była niższa od wybranej. Różnica w kosztach kwalifikowanych wyniosła 93.486,93 zł i wynika ona z różnicy pomiędzy niższą ceną zaoferowaną przez podmiot wykluczony (729.513,07 zł) a kwotą wydatków kwalifikowanych zawartych w ofercie wybranej w wysokości 823.000 zł. Kwota korekty finansowej jest równa wartości współfinansowania z UE. Pozwany wskazał, iż skutki odrzucenia oferty Zakład Budowlano – (...) mieszczą się w kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo – a zatem w kwocie 93.486,93 zł. Koszty kwalifikowane zawarte w ofercie ww. podmiotu stanowią bowiem kwotę 763.365,67 zł, a koszty wykonawcy wybranego 823.000 zł – co daje różnicę 59.634,33 zł.

W ocenie Sądu Odwoławczego sformułowanie zawarte w piśmie z dnia 22 września 2017 r., iż skutki odrzucenia oferty wykonawcy Zakładu Budowlano – (...) mieszczą się w kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo, a które mają szkodliwy wpływ na budżet UE stanowiło o tym, że czynienie rozważań w zakresie prawidłowości odrzucenia oferty tego podmiotu, było bezprzedmiotowe i jako takie pozostawało nieuzasadnione. Koszty kwalifikowane, jakie zostałyby poniesione w sposób stanowiący szkodę dla budżetu UE, w związku z tym działaniem powoda, są bowiem niższe od tych, jakie obciążąły tenże budżet w konsekwencji wykluczenia (...) inwestycji sp. z o.o. w B., który złożył najbardziej korzystną, pod względem ceny, ofertę w toku postępowania przetargowego. W tej sytuacji rozstrzygnięcie o zasadności wykluczenia ww. wykonawcy, pozwalało na wydanie miarodajnego orzeczenia w niniejszej sprawie.

Trzeba podkreślić, iż czyniąc rozważania w tej mierze, należy przede wszystkim mieć na względzie przepisy ustawy z dnia 21 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Istotne jest tutaj odwołanie się do przepisu art. 24 ustawy, gdzie uregulowano sytuacje, w których podmiot uczestniczący w postępowaniu przetargowym (wykonawca), ulega wykluczeniu. Zaznaczenia wymaga, że w piśmie z dnia 3 marca 2017 r. powód (...) w B. poinformował o wykluczeniu z postępowania (...) inwestycji sp. z o.o. w B., powołując się na dwie podstawy: art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP (k. 207). Obie przyczyny wykluczenia, których analizy Sąd Okręgowy dokona poniżej, były związane z okolicznością złożenia wraz z ofertą oświadczenia o tym, że podmiot spełnia warunki do udziału w postępowaniu wskazując, iż w zakresie warunku zdolności technicznej i zawodowej polega na zasobach podmiotu trzeciego, to jest (...) Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. Jednocześnie oferent dołączył zobowiązanie ww. podmiotu do udostępnienia „niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia” (k. 185-188). W zobowiązaniu tym pojawił się zapis, że podczas realizacji zamówienia podmiot ten będzie służył doradztwem i konsultacjami, w przypadku pozyskania zamówienia zostanie zawarta umowa o współpracy. Natomiast poinformowano, że podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia jako podwykonawca. W tym miejscu zaznaczenia wymaga, że rację mają skarżący, iż oświadczenie takiej treści wskazywało na brak spełnienia warunku, o jakim mowa w art. 22a ust. 4 PZP. Zgodnie bowiem z tą regulacją, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których

te zdolności są wymagane. Tymczasem podmiot trzeci – (...) Sp. z o.o. oświadczył w sposób jednoznaczny, że będzie służył wykonawcy jedynie doradztwem i konsultacjami i nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Powyższe nie oznacza jednak - jak postrzega tą kwestię powód – iż w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, doszło do zgodnego z tymi regulacjami wykluczenia z postępowania przetargowego.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP należy wskazać, że zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tej sprawie powód upatrywał wprowadzenia go w błąd przez wykonawcę z uwagi na nie kwestionowany fakt, iż jak wynikało z przedłożonego odpisu KRS dotyczącego (...) Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., podmiot ten posiada zaległości w uiszczaniu należności podatkowych oraz w składkach ZUS i że toczy się wobec niego postępowanie układowe. Takie okoliczności powodowały, że (...) inwestycji sp. z o.o. w B. nie mógł polegać na zasobach tegoż podmiotu w wypadku przyznania mu zamówienia po rozstrzygnięciu postępowania przetargowego. Natomiast poza sporem pozostawało, iż wykonawca złożył oświadczenie na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, że tenże podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z postępowania (k. 186). Pomimo tego zdaniem Sądu Okręgowego należało uznać, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż wykonawca wprowadził powoda w błąd w wyniku lekkomyślności bądź niedbalstwa.

Po pierwsze należy zwrócić uwagę na najbardziej istotną w tym kontekście okoliczność, że odpis z KRS podmiotu trzeciego przedłożył wraz z dokumentacją niezbędną do udziału w postępowaniu przetargowym sam (...) inwestycji sp. z o.o. w B.. To zaś oznaczało, że powód dysponował informacją o stanie zaległości po stronie (...) Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. i o fakcie, że wobec tego podmiotu toczy się postępowanie układowe. To zaś oznaczało, iż nie sposób uznać, aby wykonawca przedstawił informacje, które wprowadziły w błąd zamawiającego. W tym miejscu trzeba zaznaczyć, że to na powodzie spoczywał obowiązek wykazania, że zaistniały okoliczności prowadzące do wykluczenia danego wykonawcy z postępowania przetargowego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP. Ta kwestia była wielokrotnie przedmiotem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (KIO). I tak w wyroku z dnia 30 maja 2018 r. (KIO 925/18, Legalis nr 1830423) wskazano, iż dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki: - przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd; - przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa; - informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, co oznacza, że aby wykluczyć wykonawcę z postępowania wszystkie ww. przesłanki muszą wystąpić łącznie, zaś nie wykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że nie ma podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu.

KIO w wyroku z dnia 12 maja 2017 r. (KIO 741/17) wskazała, że zamawiający ma obowiązek dowieść, iż działanie wykonawcy nosiło znamiona lekkomyślności lub niedbalstwa. Przy czym wyłączne zacytowanie brzmienia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w treści zawiadomienia w zakresie dotyczącym przedstawienia informacji w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa i tego, że jest to informacja mająca istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w tym postępowaniu, nie może zostać uznane za wykazanie podstawy wykluczenia.

W wyroku z tej samej daty (KIO 782/17, Legalis nr 1625426) zaznaczono, iż nie można mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu. W takiej bowiem sytuacji trudno uznać, że są to informacje mające lub mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Oświadczenie wykonawcy zamawiający zweryfikuje na podstawie posiadanych przez siebie danych, zatem to one są decydujące dla decyzji zamawiającego.

Mając powyższe na względzie nie może w ocenie Sądu Odwoławczego budzić wątpliwości, że powód nie udowodnił zaistnienia powyższych przesłanek. Trzeba wskazać, że w piśmie z dnia 3 marca 2017 r., w którym zawiadomił (...) inwestycji sp. z o.o. w B. o wykluczeniu z postępowania przetargowego, pomimo wskazania jako podstawy wykluczenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP – nie przytoczył nawet treści tej regulacji. Co więcej, w uzasadnieniu takiej decyzji

nie odniósł się w żadnym momencie do okoliczności lekkomyślności bądź niedbalstwa wykonawcy, co do których był obciążony obowiązkiem ich wykazania. Te kwestie nie były w ogóle wspomniane w tym piśmie – co w sposób oczywisty świadczy o tym, że nie wykazał, aby zaistniały one po stronie wykluczonego wykonawcy. Powód nie dowiódł, że to właśnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy złożył oświadczenie wprowadzające go w błąd. Trzeba ponadto podkreślić, iż zamawiający nie wykazał również, aby złożenie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego, miało istotny wpływ na decyzje podejmowane w toku postępowania przetargowego. Na tą decyzję miała bowiem wpływ posiadane już przez zamawiającego informacje wynikające z odpisu KRS dotyczącego (...) Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., które – jak już wyżej wskazano – przedłożył sam wykonawca.

Wszystkie powyższe okoliczności prowadziły w ocenie Sądu II instancji do wniosku, że wykluczenie z postępowania przetargowego przez powoda wykonawcy (...) inwestycji sp. z o.o. w B. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP było nieprawidłowe i nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie wykazał bowiem przesłanek uprawniających do wykluczenia wykonawcy na tejże podstawie. Całkowicie bezzasadne są w związku z tym wywody skarżącego odnośnie okoliczności, że nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą – w kontekście oświadczenia złożonego przez wykonawcę. Powód nie wykazał bowiem, że został wprowadzony w błąd przez ten podmiot.

Należy przy tym zwrócić uwagę na dwoistość postępowania zamawiającego. Z jednej strony bowiem, jak wynika z pism kierowanych do wykonawcy ale także i uzasadnienia apelacji powód wskazuje, że zaistnienie podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP jest przesłanką bezwzględna i w konsekwencji nie stosuje się w tym wypadku w ogóle wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 bądź art. 22a ust. 6 PZP. Jednakże jednocześnie poza sporem pozostawało, że zamawiający wezwał (...) inwestycji sp. z o.o. w B. do uzupełnienia braków w dokumentacji dotyczącej złożonej oferty. Gdyby zaś był on przekonany, że istnieje bezwzględna przesłanka do wykluczenia wykonawcy, to kierowanie do niego wezwania do złożenia, uzupełnienia, bądź poprawienia złożonej dokumentacji, a w wypadku braku takiego uzupełnienia – wykluczenie oferenta na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP należałoby uznać za zupełnie bezprzedmiotowe. Tymczasem powód pomimo twierdzeń, że istnieją podstawy z art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP podnosił, iż wykonawca był uprawniony do zmiany podmiotu, na zasobach którego polegał lub do wykazania w inny sposób spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Występuje tutaj zatem niewątpliwa sprzeczność tym bardziej, że jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa KIO (m.in. wyrok z dnia 25 lipca 2013 r., KIO 1637/13) złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu nawet w sytuacji, gdy dokument ten jest dokumentem co do zasady podlegającym uzupełnieniu na mocy art. 26 ust. 3 PZP. Uzasadnione jest to koniecznością bezwzględnego stosowania obowiązku eliminacji takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Takich działań powód jednak nie podjął, a w piśmie z dnia 3 marca 2017 r. wskazał, że podstawą wykluczenia (...) inwestycji sp. z o.o. w B. jest okoliczność, że podmiot ten nie uzupełnił w określonym terminie wymaganych dokumentów (k. 208).

W tym miejscu należy odnieść się do drugiej podstawy wykluczenia ww. wykonawcy. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia. W ocenie Sądu Okręgowego istnienie tej przesłanki może podlegać badaniu, ale dopiero wówczas, gdy przesądzi się kwestię prawidłowości wezwania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia, bądź poprawienia złożonej dokumentacji. W tej sprawie powód w piśmie z dnia 28 lutego 2017 r. wystosował do (...) inwestycji sp. z o.o. w B. przedmiotowe wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 PZP wskazując, iż w sytuacji, w której zobowiązanie złożone przez podmiot trzeci, na którego zasobach wykonawca polega, nie potwierdza realności transferu tych zasobów, obowiązkiem ustawowym zamawiającego jest wezwanie do złożenia/uzupełnienia/poprawienia dokumentów dotyczących oferty w taki sposób, aby potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zgodności z treścią SIWZ, art. 25a oraz art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych. Dodatkowo wezwał również wykonawcę do wyjaśnień dotyczących tych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 PZP (k. 199-201).

W tej sprawie, mając na względzie treść powyższego wezwania, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i poglądy prezentowane w orzecznictwie KIO Sąd Odwoławczy doszedł do przekonania, iż słuszne jest stanowisko Sądu Rejonowego, że wezwanie z dnia 28 lutego 2017 r. nie spełniało wymogów precyzyjności i nie odpowiadało

warunkom wskazanym w przepisach PZP. Trzeba wskazać, że podstawą takiego wezwania powinien być przepis art. 26 ust. 4 PZP w powiązaniu z art. 22a ust. 6 PZP. Nie jest tu podstawą właściwą art. 26 ust. 3 PZP z uwagi na to, że dotyczy on sytuacji nie złożenia przez wykonawcę oświadczenia z art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o jakich mowa w art. 25 ust. 1 (...). Tymczasem takie oświadczenie zostało złożone, co podnosił sam powód. Zgodnie zaś z art. 26 ust. 4 PZP zamawiający wzywa także (...) do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Z kolei w myśl art. 22a ust. 6 PZP, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu na którego zdolnościach polega wykonawca, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykáže zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Sąd Okręgowy podziela ocenę Sądu I instancji w zakresie przyjęcia określonej relacji pomiędzy powyższymi przepisami. Nie może budzić wątpliwości, iż przepis art. 22a ust. 6 PZP jest regulacją szczególną wobec art. 26 ust. 4 PZP, przy czym nie stanowi on samodzielnej podstawy do wezwania wykonawcy do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem bądź zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia. W przypadku takiego wezwania, zamawiający powinien natomiast zawrzeć informację o dyspozycji art. 22a ust. 6 PZP (tak: wyrok KIO z dnia 18 października 2017 r., KIO 2073/17, Lex nr 2407304). Tymczasem w wezwaniu z dnia 28 lutego 2017 r. powód w ogóle nie zawarł takiej informacji, w ogóle się na tę podstawę nie powołał – gdzie w okolicznościach tej sprawy było to niezbędne/ za powołanie się na postawę z art. 22 a ust. 6 PZP nie można wszak uznać wskazania w treści uzasadnienia art. 22a bez wskazania na ustęp 6 tego przepisu i bez przytoczenia jego treści / . Jest to jeden fakt, natomiast odnosząc się szczegółowo do treści wezwania nie sposób przyjąć, że w sposób wyczerpujący i jednoznaczny określono w nim, jakiego postępowania zamawiający oczekuje od wykonawcy. Jak zaś wskazała KIO w wyroku z dnia 4 kwietnia 2017 r., możliwość uzupełnienia braków oferty w trybie art. 22a ust. 6 PZP powinna być wykonawcy zakomunikowana w formie imperatywnego żądania. Oznacza to, iż powinno być w sposób dokładny określone, w jaki sposób zamawiający oczekuje uzupełnienia dokumentów oferty, a przytoczenie podstaw prawnych jest tu nie wystarczające (tego jednak powód nawet nie uczynił). W treści wezwania powinno być zawarte , o ile wykonawca nie jest zdolny uzupełnić braków, to zamawiający żąda, aby zastąpił ten podmiot innym podmiotem bądź zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia. KIO zaznaczyła przy tym, że przepis art. 22a ust. 6 PZP posługuje się określeniem „zamawiający żąda”, co nie jest równoznaczne z wezwaniem (KIO 572/17, Lex nr 2284231).

Zdaniem Sądu Odwoławczego , wezwanie wystosowane przez powoda nie czyni zadość powyższym wymaganiom. Nie jest przy tym istotna objętość tegoż pisma. Zamawiający nie wskazał bowiem, jakie konkretnie działania ma podjąć wykonawca, aby dokonać uzupełnienia dokumentacji tak, że wykáže on spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Powód nawet nie wskazał, czy chodzi o złożenie, uzupełnienie czy poprawienie dokumentacji ofertowej. Wskazanie tych działań w taki sposób, w jaki to zrobił w tym wezwaniu (przez kreskę) jest ogólnikowe i nie precyzyjne. Zamawiający w ogóle nie wymienił jako podstawy wezwania art. 22a ust. 6 PZP a co istotniejsze – nie przytoczył przesłanek wynikających z tej regulacji. To zaś było kluczowe w kontekście określenia sposobu, w jaki wykonawca ma dokonać uzupełnienia dokumentacji. Zgodnie z ww. regulacją, miał on tutaj dwie możliwości – bądź zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem, bądź zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia jeżeli wykáže zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową, o jakiej mowa w ust. 1 tego przepisu. Nie ma racji skarżący podnosząc, że był tu trzeci wariant – w postaci uzupełnienia wadliwego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 PZP. Jak wskazano wyżej, ta regulacja nie ma zastosowania w tym wypadku, bowiem dotyczy innej sytuacji aniżeli istniała w niniejszej sprawie.

W treści wezwania z dnia 28 lutego 2017 r. wykonawca nie został poinformowany o możliwych wariantach działań, jakie powinien podjąć. Zamawiający nie wskazał w ogóle na konkretne postępowanie, jakiego żąda od wykonawcy. Wezwanie to powinno zaś być jednoznaczne i zrozumiałe tak, aby ten podmiot był w stanie stwierdzić, złożenia jakich oświadczeń lub dokumentów, zamawiający żąda w wezwaniu. Gdyby zaś wezwanie nie było sformułowane w

sposób jasny i precyzyjny, to w takiej sytuacji, jak słusznie wskazał Sąd Rejonowy, wykonawca nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji takiego stanu rzeczy.

Reasumując Sąd Okręgowy za Sądem I instancji przyjął, że wykluczenie z postępowania w przedmiocie przyznania zamówienia (...) inwestycji sp. z o.o. w B. na podstawie zarówno art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, jak i art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP zostało dokonane z naruszeniem wymienionych przepisów i jako takie, jest nieuzasadnione. To zaś prowadziło do oddalenia powództwa, jako bezzasadnego, jak też orzekł Sąd Rejonowy.

Mając powyższe na względzie, Sąd Odwoławczy oddalił apelację na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na mocy art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 99 k.p.c. zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik sprawy. Wysokość należnych stronie pozwanej kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 1.800 zł ustalono w oparciu o § 2 pkt 5 i § 10 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22.10.2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1804) i Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości zmieniającego Rozporządzenie w sprawie opłat za czynności radców prawnych z dnia 3 października 2016 r. (Dz. U. z 2016 r., poz. 1667).