

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 16 października 2014 roku powódka Gmina S. wniosła o zasądzenie w postępowaniu nakazowym lub upominawczym od pozwanej (...) spółki akcyjnej w Ł. kwoty 80.000,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami oraz kosztami procesu według norm przepisanych. W uzasadnieniu pozwu wskazała, iż dochodzona pozwem kwota stanowi roszczenie z tytułu gwarancji zabezpieczenia zapłaty wadium przez zobowiązanego – oferenta (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz beneficjenta – organizatora przetargu – Gminy S. w przedmiocie zamówienia na wykonanie zadania inwestycyjnego pn. „Budowa sieci szerokopasmowej na terenie Gminy S. oraz adaptacja pomieszczeń Jednostek Podległych objętych projektem w ramach realizacji projektu pn. «Internet dla (...) – przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu»”, której udzieliła pozwana, wobec faktu zaistnienia – zdaniem powódki – zdarzenia uprawniającego zamawiającego do zatrzymania wadium w trybie art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164-j.t.; zwana dalej u.p.z.p.) (pozew, k. 3-5).

Mocą zarządzenia z dnia 12 grudnia 2014 roku stwierdzono brak podstaw do wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym i upominawczym, skierowano sprawę do rozpoznania w postępowaniu zwykłym oraz przesłano pozwanej odpis pozwu z załącznikami wraz ze zobowiązaniem do złożenia odpowiedzi na pozew w terminie 14 dni pod rygorem zwrotu ww. pisma wniesionego po upływie zakreślonego terminu (zarządzenie, k. 26).

W odpowiedzi na pozew z dnia 12 stycznia 2015 roku pozwana wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powódki na swoją rzecz kosztów procesu, a także o zawiadomienie w trybie art. 84 k.p.c. (...) Sp. z o.o. o toczącym się postępowaniu i wezwanie do wzięcia udziału w sprawie w charakterze interwenienta ubocznego. Pozwana zanegowała zajście którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium przez zamawiającego, objętych gwarancją udzieloną przez pozwane Towarzystwo (...) Sp. z o.o. na potrzeby ogłoszonego przez powódkę przetargu. Zgodnie z treścią gwarancji nr (...) (...) z dnia 7 lutego 2014 roku, pozwana jako gwarant, była zobowiązana do zapłaty wadium na rzecz powódki m.in. w sytuacji gdy „zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 u.p.z.p. nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 u.p.z.p. lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”. Pozwana podkreśliła, że brzmienie powołanego zdarzenia gwarancyjnego zostało zawężone w stosunku do treści art. 26 ust. 3 u.p.z.p., albowiem nie obejmuje ono przypadków złożenia błędnych oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 u.p.z.p. lub wadliwych pełnomocnictw oraz sytuacji, w których zaistnieje konieczność złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 u.p.z.p. W ocenie pozwanej, (...) Sp. z o.o. została przez powódkę wezwana wyłącznie do wyjaśnień w przedmiocie złożonych oświadczeń i dokumentów, które to zdarzenie znajduje się poza zakresem obowiązywania gwarancji. Pozwana podniosła również, że zobowiązana (...) Sp. z o.o. oświadczyła, iż nadesłane przez powódkę wezwanie do uzupełnienia dokumentacji przetargowej było nieczytelne, wobec czego niewiadomym było, jakie dokładnie dokumenty winna ona przedłożyć oraz w jakim terminie. Mając na celu dopełnienie żądania zamawiającego, (...) Sp. z o.o. zwróciła się do powódki z wnioskiem o ponowne przesłanie pisma oraz przedłużenie terminu do uzupełnienia zaistniałych braków. Wniosek ten napotkał jednak dezaprobatę strony powodowej pod zarzutem celowego i niczym nieuzasadnionego przedłużania postępowania (odpowiedź na pozew, k. 31-32).

Podczas rozprawy wyznaczonej na dzień 14 maja 2015 roku strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska w sprawie przedstawione w pozwie oraz odpowiedzi na pozew. Nadto, Sąd postanowił m.in. zawiadomić (...) Sp. z o.o. o toczącym się postępowaniu, doręczając jej odpis odpowiedzi na pozew i zawiadomienie o terminie kolejnej rozprawy oraz zobowiązać ww. podmiot do wypowiedzenia się, czy wstępuje do procesu w charakterze interwenienta ubocznego (protokół z rozprawy, k. 128-129).

Mocą pisma z dnia 16 października 2015 roku (...) Sp. z o.o. zgłosiła swoje przystąpienie do sprawy w charakterze interwenienta ubocznego, wnosząc o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powódki na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu ww. uczestnik postępowania podniósł zarzut wystąpienia nieprawidłowości w zakresie badania i oceny oferty

interwenienta (występującego w postępowaniu o zamówienie publiczne razem z (...) Sp. z o.o. we W. jako konsorcjum firm). (...) Sp. z o.o. powódka dopuściła się naruszenia szeregu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, m.in. art. 26 ust. 3, które w konsekwencji doprowadziły do nieuzasadnionego i niezgodnego z prawem skorzystania z uprawnienia określonego w art. 46 ust. 4a u.p.z.p., tj. zatrzymania wniesionego wadium. W ocenie interwenienta, działaniem powódki niezgodnym z przepisami prawa było również zaniechanie konwalidowania wezwania (...) Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów przetargowych, wobec wystąpienia przyczyn nieleżących po jej stronie – z uwagi na zniekształcenie transferowanej treści wezwania do uzupełnienia dokumentów, poprzez które interwenient nie był w stanie odczytać, jakie dokumenty powinien złożyć oraz w jakim terminie. Nadto, interwenient zarzucił powódce nieuprawnione wezwanie go do uzupełnienia treści referencji o informacje potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, wskazując, że dokument zwany referencją ma za zadanie jedynie potwierdzić należyte wykonanie usługi/roboty, która została umieszczona w stosownym wykazie, nie natomiast stanowić odzwierciedlenie oczekiwań powódki zawartych w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zgłoszenie interwencji ubocznej, k. 848-850).

Na rozprawie w dniu 3 listopada 2015 roku strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie, a Sąd dopuścił do udziału w sprawie w charakterze interwenienta ubocznego (...) Sp. z o.o. w W. (protokół z rozprawy, k. 863-868).

W toku rozpraw z dnia 3 marca 2016 roku i 9 czerwca 2016 roku strony oraz interwenient uboczny poparli zajęte dotychczas stanowiska w sprawie.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 23 grudnia 2013 roku Urząd Gminy w S. ogłosił przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne w zakresie wykonania zadania inwestycyjnego pn. „Budowa sieci szerokopasmowej na terenie Gminy S. oraz adaptacja pomieszczeń Jednostek Podległych objętych projektem w ramach realizacji projektu pn. «Internet dla (...) – przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu» zgodnie z umową nr (...)08.03.00-10-225/11” (dowód: wydruk z portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych, k. 194).

W odpowiedzi na powyższe ogłoszenie swoje oferty złożyły dwa podmioty: (...) Sp. z o.o. w W. oraz konsorcjum firm (...) Sp. z o.o. w (...) Sp. z o.o. we W., w którym funkcję lidera pełniła pierwsza z ww. spółek (dowód: informacja zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, k. 232).

Składający oferty wykonawcy byli zobowiązani do zapłaty wadium w kwocie 80.000,00 zł, przy czym wadium to mogło zostać wniesione także w innej formie niż pieniądze, m.in. w formie gwarancji ubezpieczeniowej z obowiązkową klauzulą zapłaty sumy wadialnej na rzecz zamawiającego nieodwołalnie i bezwarunkowo, na pierwsze żądanie, a także zobowiązaniem gwaranta zapłaty wadium w przypadku wystąpienia zdarzeń, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 u.p.z.p. (dowód: wyciąg ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 23 grudnia 2013 roku, k. 18).

Interwenient uboczny (...) Sp. z o.o., w wykonaniu obowiązku zapłaty wadium przedłożyła „Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr (...) (...)” z dnia 7 lutego 2014 roku wystawioną przez pozwaną – (...) S.A. w Ł.. Ww. dokument gwarancyjny został uznany przez zamawiającego za spełniający wymogi formalne SIWZ, tak co do górnej kwoty odpowiedzialności, tj. 80.000,00 zł, jak i pod względem zawartości wspomnianych klauzul oraz zobowiązania gwaranta do zapłaty wadium na rzecz zamawiającego na wypadek wystąpienia zdarzeń, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 u.p.z.p., pomimo iż treść zdarzenia gwarancyjnego z art. 46 ust. 4a u.p.z.p. została ograniczona w stosunku do treści art. 26 ust. 3 u.p.z.p., nie obejmując przypadków złożenia błędnych oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 u.p.z.p. lub wadliwych pełnomocnictw oraz sytuacji, w których zaistnieje konieczność złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 u.p.z.p. (dowód: gwarancja ubezpieczeniowa, k. 14).

Wobec braków ujawnionych w ofercie (...) Sp. z o.o., powódka jako zamawiający, pismem z dnia 25 lutego 2014 roku, nadanym za pośrednictwem faksu o godzinie 11:44-11:47, skierowała do ww. oferenta wezwanie do uzupełnienia oferty, w którym wskazała, jakich dokumentów brakuje i na jakiej podstawie ich żąda. Braki te dotyczyły:

- informacji banku (opinii bankowej) lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia – § 6 ust. 2 pkt 11 SIWZ;
- not katalogowych wraz z oświadczeniem producenta – § 6 ust. 18 SIWZ oraz załącznik nr 11 do SIWZ;
- wykazu robót – § 6 ust. 2 pkt 4 (...) Sp. z o.o. została wezwana do wyjaśnienia nieścisłości pomiędzy informacjami dotyczącymi przedstawionych referencji, wobec faktu, że w załączniku nr 5 do SIWZ zamieściła informacje z opisem wykonanych rodzajów robót budowlanych, które to roboty nie zostały potwierdzone w treści załączonej referencji);
- wykazu osób – § 6 ust. 2 pkt 5 (...) Sp. z o.o. została wezwana do umieszczenia w załączniku nr 6 do SIWZ szczegółowych informacji na temat osób, którymi będzie dysponowała podczas realizacji zamówienia w sposób określony w tymże załączniku, tj. w tabeli, w kolumnie pn. „Informacja o podstawie do dysponowania osobami wymienionymi”).

Powódka wyznaczyła (...) Sp. z o.o. do uzupełnienia powyższych braków, w tym do złożenia dotychczas nieprzedstawionych dokumentów wskazanych w dwóch pierwszych punktach wezwania, termin do dnia 27 lutego 2014 roku do godziny 12:00 (dowód: wezwanie o uzupełnienie dokumentów z dnia 25 lutego 2014 roku, godz. 11:44-11:47, k. 259-262).

Wezwanie powyższe dotarło do adresata – (...) Sp. z o.o. zniekształcone – jedynie pierwsza strona z łącznie czterostronicowego wezwania odpowiadała przefaksowanemu oryginałowi, natomiast pozostałe trzy strony przekazywanego dokumentu nie zawierały żadnej treści, pomimo iż raport z faksu był pozytywny i nie wskazywał żadnych błędów (dowód: wezwanie do uzupełnienia braków oferty otrzymane przez (...) Sp. z o.o., k. 841-844; zeznania świadka K. P., e-protokół (...):52:53-00:55:52, k. 866; zeznania świadka J. W., e-protokół (...):25:09-01:25:58, k. 867; wezwanie do uzupełnienia braków oferty nadane faksem przez zamawiającego, k. 259-263).

W zaistniałym stanie rzeczy, ww. oferent jeszcze tego samego dnia, tj. 25 lutego 2014 roku o godzinie 19:27, nadał do zamawiającego – również za pośrednictwem faksu – pismo, w którym powiadomił go, iż w tym dniu, w godzinach przedpołudniowych, otrzymał nieczytelny faks i wyraził prośbę jego ponownego wysłania (dowód: pismo nadane faksem do zamawiającego w dniu 25 lutego 2014 roku, godz. 19:27, k. 841).

Pismo to – pomimo iż faks nie zasygnalizował żadnych nieprawidłowości w transmisji danych oraz podał komunikat „rezultat ok”, jednoznacznie wskazujący, iż przesyłka została dostarczona adresatowi – nie dotarło do powódki, bowiem nie zostało przez nią odnotowane ani zarejestrowane zarówno w zestawieniu połączeń przychodzących drogą faksową w dniu 25 lutego 2014 roku, jak i w dzienniku korespondencji przychodzącej z tego dnia, do którego wpisywana jest także korespondencja nadawana za pośrednictwem faksu (dowód: zestawienie połączeń przychodzących w dniach 24-28 lutego 2014 roku, k. 893-902; dziennik korespondencji przychodzącej do Urzędu Gminy w S., k. 878-892; zeznania świadka K. P., e-protokół (...):44:26-00:46:21, k. 866; zeznania świadka J. W., e-protokół (...):18:06-01:20:47, k. 867).

Ze względu na brak odpowiedzi ze strony powódki na prośbę (...) Sp. z o.o. o ponowne przesłanie faksu zawierającego wezwanie do uzupełnienia dokumentacji oferty ww. podmiotu, a także bezskuteczną próbę nawiązania kontaktu telefonicznego z zamawiającym w przedmiotowej sprawie, podjętą w dniu 26 lutego 2014 roku, interwenient, nie będąc świadomym upływu terminu wyznaczonego do uzupełnienia braków oferty, w dniu 27 lutego 2014 roku najpierw

o godzinie 10:01 ponowił za pośrednictwem faksu swoją prośbę o wysłanie faksem pisma zawierającego kompletną treść wezwania, powołując się na okoliczność, iż faks otrzymany w dniu 25 lutego 2014 roku o godzinie 11:44-11:47 jest „nieczytelny i niezrozumiały”, a następnie o godzinie 10:51 przesłał faksem kolejne pismo, w którym wyjaśnił, iż w związku nieotrzymaniem „czytelnego” (tj. pełnego, kompletnego) faksu, w załączeniu przesyła zaświadczenie o posiadaniu środków na rachunku – z uwagi na fakt, że jedynie ów punkt wezwania udało się odczytać (tj. tylko ten fragment wezwania dotarł do adresata) (dowód: pismo nadane faksem do zamawiającego w dniu 27 lutego 2014 roku, godz. 10:01, k. 259; pismo nadane faksem do zamawiającego w dniu 27 lutego 2014 roku, godz. 10:51 wraz z zaświadczeniem z banku, k. 255-256).

W odpowiedzi na powyższe, powódka tego samego dnia o godzinie 11:22 nadała faksem pismo, w załączeniu do którego, czyniąc zadość prośbie (...) Sp. z o.o., przesyłała kompletną treść wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 25 lutego 2014 roku, zaznaczając, iż termin do ww. upływa z dniem 27 lutego 2014 roku o godzinie 12:00 (dowód: pismo nadane faksem do (...) Sp. z o.o. w dniu 27 lutego 2014 roku, godz. 11:22 wraz z pełną treścią wezwania, k. 249-255).

W toku dalszej korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a oferentem (...) Sp. z o.o., pismem wystosowanym w dniu 27 lutego 2014 roku o godzinie 12:22, ta ostatnia wniosła o wydłużenie terminu do złożenia wymaganych dokumentów do dnia 28 lutego 2014 roku do godziny 15:00, motywując swą prośbę faktem, iż „czytelną” wersję wezwania otrzymała dopiero tego dnia o godzinie 11:22 (dowód: pismo nadane faksem do zamawiającego w dniu 27 lutego 2014 roku, godz. 12:22, k. 257).

Zamawiający w piśmie z dnia 27 lutego 2014 roku z godziny 16:31 odmówił przedłużenia terminu do uzupełnienia oferty interwenienta, w uzasadnieniu podając, iż rzeczoną prośbę traktuje jako „celowe i niczym nieuzasadnione przedłużanie postępowania prowadzące do nierównego traktowania oferentów” (dowód: pismo nadane faksem do (...) Sp. z o.o. w dniu 27 lutego 2014 roku, godz. 16:31, k. 246-248; zeznania świadka K. P., e-protokół (...):48:45-00:50:19, k. 866).

W dniu 4 marca 2014 roku zamawiający umieścił na tablicy ogłoszeń w Urzędzie Gminy w S., a także skierował do dwojga oferentów dokument zatytułowany: „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty postępowania”, dotyczący przedmiotowego przetargu, wedle którego treści jako wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu i zarazem niepodlegającego wykluczeniu wymieniono (...) Sp. z o.o. w W. i to ta oferta została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o kryteria podane w SIWZ. W dalszej części pisma wskazano, iż konsorcjum firm (...) Sp. z o.o. w (...) Sp. z o.o. we W. zostało wykluczone z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn niespełnienia wymagań określonych w art. 24 ust. 2 pkt. 3) i 4) u.p.z.p w zakresie dotyczącym wykazu robót wymaganego na podstawie § 6 ust. 2 pkt 4 SIWZ oraz wykazu osób wymaganego w § 6 ust. 2 pkt 5 SIWZ (dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty postępowania z dnia 4 marca 2014 roku, k. 211-234).

Tego samego dnia (tj. 4 marca 2014 roku) o godzinie 10:22 (...) Sp. z o.o. nadała do zamawiającego drogą połączenia faksowego pismo, w którym zażądała unieważnienia wyboru oferty i powtórzenia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, w związku z faktem, iż nie została właściwie wezwana do tych czynności (dowód: pismo nadane faksem do zamawiającego w dniu 4 marca 2014 roku, godz. 10:22, k. 235-236).

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 5 marca 2014 roku z godziny 13:59 zamawiający odmówił żądaniu oferenta, błędnie uznając, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów zostało prawidłowo doręczone (...) Sp. z o.o. faksem wysłanym w dniu 25 lutego 2014 roku o godzinie 11:47, jak również, że od tego momentu aż do dnia 27 lutego 2014 roku do godzin przedpołudniowych ww. oferent nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń co do czytelności przesłanego dokumentu wezwania (dowód: pismo nadane faksem do (...) Sp. z o.o. w dniu 5 marca 2014 roku, godz. 13:59).

W dniu 7 marca 2014 roku powódka złożyła do pozwanej jako gwaranta wezwanie do zapłaty wadium, w treści którego złożyła oświadczenie, iż wystąpiła jedna z przyczyn uzasadniających zatrzymanie wadium, objęta udzieloną gwarancją, wymieniona w pkt. 4: „zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 u.p.z.p., nie złożył

dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw” i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie (dowód: wezwanie do zapłaty wadium, k. 9-10).

Decyzją z dnia 1 kwietnia 2014 roku (...) S.A. w Ł. odmówiła wypłacenia wadium na rzecz zamawiającego – Gminy S. (dowód: decyzja o odmowie przyznania odszkodowania, k. 8).

Z uwagi na powyższe ww. zamawiający w dniu 22 maja 2014 roku skierował do gwaranta ostateczne przesądowe wezwanie do zapłaty należnej beneficjentowi kwoty z tytułu udzielonej gwarancji ubezpieczeniowej, jednak dobrowolna zapłata z jego strony nie nastąpiła, wobec czego koniecznym stało się wystąpienie z niniejszym powództwem (dowód: ostateczne przesądowe wezwanie do zapłaty, k. 6-7).

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o zgromadzone w sprawie dokumenty, a także zeznania świadków K. P. i J. W., które w sposób spójny i przekonujący uzupełniły materiał dowodowy w postaci dokumentów. Wobec poczynionych ustaleń, Sąd uznał za udowodnione, iż niezłożenie przez interwenienta ubocznego (...) Sp. z o.o., jako podmiotu zobowiązanego, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 u.p.z.p., dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 u.p.z.p. lub pełnomocnictw było niezawinione. Powyższe stanowi konsekwencję przyjęcia, że powódka w toku procesu nie wykazała prawidłowego i skutecznego doręczenia (...) Sp. z o.o. wezwania do uzupełnienia dokumentów oferty złożonej do przetargu, które uzasadniałoby wykluczenie jej z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

W rozpoznawanej sprawie powódka – beneficjent gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium wniesionego w tej formie do przedmiotowego przetargu, dochodziła od pozwanej roszczenia na podstawie umowy o gwarancję ubezpieczeniową zawartej w dniu 7 lutego 2014 roku pomiędzy (...) Sp. z o.o. jako obowiązującym a (...) S.A. jako gwarantem. W świetle powyższej umowy na pozwanej spoczywał obowiązek zapłaty wadium na rzecz powódki w sytuacjach wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164-j.t.), tj. w przypadkach, kiedy zamawiającemu przysługuje uprawnienie do zatrzymania wadium wraz z odsetkami.

Przedmiotowy spór pośrednio koncentrował się wokół zasadności wykluczenia (...) Sp. z postępowania przetargowego z powodu naruszenia przez nią dyspozycji art. 46 ust. 4a u.p.z.p., przejawiającej się w niezłożeniu na wezwanie zamawiającego, w wyznaczonym terminie, dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które to naruszenie w konsekwencji doprowadziło do nałożenia przez zamawiającego na oferenta (...) Sp. z o.o. sankcji w postaci zatrzymania wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, i którego to aspektu toczony spór sądowy dotyczy bezpośrednio.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 u.p.z.p., w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, tj. m.in. oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Z kolei stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 4 u.p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się m.in. wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykluczenie takie obejmuje zatem de facto dwie sytuacje. Jako pierwszą wymienić należy tę, w której wykonawca wprawdzie przedłożył wymagane przez zamawiającego poprawne oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lecz wynika z nich, iż nie posiada on wymaganych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału osobowego, technicznego lub zdolności finansowej lub ekonomicznej, w zależności od tego, jak zamawiający opisał sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ze złożonych oświadczeń i dokumentów wynika więc, że wykonawca nie jest zdolny do wykonania zamówienia według kryteriów przyjętych przez zamawiającego w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Druga z sytuacji abstrahuje od rzeczywistej zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Wykonawca nawet posiadający wszelkie wymagane przez zamawiającego przymioty będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli nie przedłożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie wykazał on bowiem, że warunki spełnia, i nie dostarczył wymaganych informacji pozwalających na weryfikację spełniania warunków (vide: Stachowiak M., Komentarz do art.24 ustawy – Prawo zamówień publicznych, Lex 2014). Z tym ostatnim przypadkiem mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Zanim jednak dojdzie do wykluczenia wykonawcy z przetargu, zamawiający winien przeprowadzić postępowanie konwalidacyjne, przewidziane w art. 26 ust. 3 u.p.z.p., wedle którego treści zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Ratio legis powołanego przepisu jest wyrazem dążenia przez ustawodawcę do konwalidowania ofert, które dotknięte są błędami czy też brakami w zakresie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub pełnomocnictw. Ustawodawca stoi bowiem na stanowisku, że przyczyny formalne nie powinny być powodem wykluczania wykonawców z postępowania. Stąd też wprowadzenie obowiązku wzywania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zawierających błędy lub wadliwych pełnomocnictw w celu wyeliminowania takich sytuacji. Pomimo że korzystanie z art. 26 ust. 3 u.p.z.p. jest obligatoryjne dla zamawiającego, to podkreślić należy, że uznając jako zasadę że wykonawca składa ofertę ważną i kompletną, winno ono mieć charakter wyjątkowy. Jednakże, właśnie ów obligatoryjny charakter przedmiotowego obowiązku zamawiającego sprawia, że musi on być realizowany w sposób wyczerpujący, co prowadzi do przekonania, że zamawiający ma obowiązek wzywania do uzupełnienia wszystkich oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub pełnomocnictw, dotkniętych wadami lub niezłożonych. Powyższe obliguje zatem zamawiającego do precyzyjnego oznaczenia zakresu wezwania. Temu obowiązkowi odpowiada uprawnienie wykonawcy do uzupełnienia czy też skorygowania błędnych dokumentów, z zastrzeżeniem, że brak skorzystania z przedmiotowego uprawnienia lub niewypełnienie dyspozycji wezwania skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Za precyzyjne wezwanie nie można jednak uznać przytoczenia opisu spełnienia warunków udziału z SIWZ czy opisu formy dokumentów, które zamawiający uzna za dowody na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (vide: wyrok KIO z dnia 2 lipca 2014 r., KIO 1208/14). Wezwanie do uzupełnienia dokumentów w swej treści musi być więc jednoznaczne i zrozumiałe dla wykonawcy, aby był on w stanie stwierdzić, jakich oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający żąda w wezwaniu (vide: Nowicki J.E., Komentarz do art.26 ustawy – Prawo zamówień publicznych, Lex 2015).

Z powyższego wynika zatem, że zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania, nie mając absolutnej pewności co do wykazania lub niewykazania spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Jednakże, zauważyć należy, że nie tylko treść wezwania przesądza o tym, czy zamawiający dochował obowiązku wezwania wykonawcy-oferenta do uzupełnienia braków złożonej oferty. Równie istotnym jest, by prawidłowo sporządzone wezwanie zostało skutecznie doręczone jego adresatowi. W tej kwestii należy odnieść się do treści art. 27 u.p.z.p., zgodnie z którym w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.

W niniejszej sprawie, zgodnie z decyzją zamawiającego zawartą w § 7 ust. 3 SIWZ z dnia 24 stycznia 2014 roku dot. Informacji o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazania osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami, przekazywanie w przedmiotowym postępowaniu przetargowym wszelkich oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji, miało odbywać się pisemnie lub za pomocą faksu, przy czym to ten ostatni sposób komunikacji okazał się dominujący.

Zasadniczo powyższe odpowiada wymogom powołanej regulacji prawnej, pamiętać jednak należy, iż w takiej sytuacji ustawa przewiduje dodatkowo wymóg niezwłocznego potwierdzenia otrzymania przesyłanej treści na żądanie drugiej strony (art. 27 ust. 2 u.p.z.p.), co także zostało ujęte w § 7 ust. 5 wspomnianej SIWZ. Jednakże w przypadku, gdy nadawca informacji nie zażądał potwierdzenia odbioru przesłanej faksem treści lub też pomimo wystosowanego żądania nie uzyskał takiego potwierdzenia bezpośrednio od adresata, należy sięgnąć do teoretycznego rozważenia kwestii prawidłowego dostarczenia do adresata oświadczenia woli złożonego za pośrednictwem faksu z punktu widzenia nauk prawnych, zwłaszcza teorii wytworzonych na potrzeby szeroko pojętego prawa cywilnego.

W nawiązaniu do powyższego stwierdzić należy, że dowód w postaci raportu z transmisji faksu, stwarza domniemanie prawne, wedle którego oświadczenie nadawcy doszło do adresata w sposób pozwalający adresatowi zapoznać się z jego treścią, chyba że adresat wykaże, iż z powodu zakłóceń jego aparatu odbiorczego nastąpiło takie zniekształcenie treści oświadczenia przesłanego przez nadawcę, że otrzymana treść stała się niezrozumiała dla adresata. Osoba składająca oświadczenie woli za pomocą tego urządzenia otrzymuje wydruk kontrolny, z którego wynika, że oświadczenie zostało wysłane z jej aparatu nadawczego oraz odebrane przez aparat odbiorcy. Wydruk ten jest dowodem dojścia oświadczenia woli do adresata, chyba że adresat wykaże środkami przewidzianymi w przepisach prawa (postępowania cywilnego), że np. z powodu zakłóceń pracy jego faksu nastąpiło takie zniekształcenie przesłanego oświadczenia, że stało się ono niezrozumiałe dla adresata. W takim przypadku nie można uznać, że oświadczenie woli wysłane za pomocą faksu doszło do adresata w znaczeniu przyjętym w art. 61 k.c. W innych sytuacjach oświadczenie woli wysłane i odebrane za pomocą faksu należy uważać za złożone z chwilą, w której adresat mógł zapoznać się z jego treścią, tj. z chwilą odbioru faksu przez aparat adresata (vide: postanowienie KIO z dnia 25 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 340/08; Nowicki J.E., Komentarz do art.27 ustawy – Prawo zamówień publicznych, Lex 2015).

Zdaniem Sądu, w przedmiotowej sprawie, domniemanie prawne mówiące, że oświadczenie nadawcy przesłane faksem doszło do adresata w sposób pozwalający adresatowi zapoznać się z jego treścią, w niniejszej sprawie zostało obalone co do treści dwóch pism, przy czym jedno pochodziło od zamawiającego, a drugie od oferenta (...) Sp. z o.o. Po pierwsze, w niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której z powodu zakłóceń pracy faksu nastąpiło takie zniekształcenie przesłanego oświadczenia, że stało się ono niezrozumiałe dla adresata, co tyczy się wezwania do uzupełnienia dokumentów oferty, które powódka nadała faksem do siedziby (...) Sp. z o.o. w dniu 25 lutego 2014 roku o godzinie 11:47, a które dotarło do adresata w formie niekompletnej, zniekształconej – jakkolwiek treść zawierała bowiem jedynie pierwszą stronę wezwania, natomiast pozostałe trzy strony były puste. Po drugie, w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, należało przyjąć, iż (...) Sp. z o.o. jeszcze w tym samym dniu, tj. 25 lutego 2014 roku o godzinie 19:27 zareagowała na niepełną treść faksu zawierającego wezwanie, wystosowując prośbę o jego ponowne przesłanie. Ten faks z kolei w ogóle nie dotarł do adresata – nie został odnotowany w siedzibie powódki jako połączenie przychodzące, co implikuje przekonanie, że nie mogła ona mieć świadomości co do jego nadania.

W obu tych nadzwyczajnych, nie mogących nie budzić wątpliwości przypadkach, zarówno powódka, jak i interwenient uboczny dysponują potwierdzeniami nadania spornych faksów. Z jednej strony oznacza to, że pozwana wraz z interwenientem ubocznym dostatecznie wykazali, iż nieuzupełnienie przez (...) Sp. z o.o. braków oferty w wyznaczonym przez zamawiającego terminie nastąpiło, obiektywnie patrząc, z przyczyn przez nią niezawinionych, a więc niewynikających z niezachowania przez nią należytej staranności. Z drugiej zaś, powódka nie mogła dysponować wiedzą na temat faksu nadanego przez powołanego oferenta o godzinie 19:27.

W ostatecznym rozrachunku jednak, wykazane nieprawidłowości obciążają zamawiającego, bowiem z dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy nie wynika, aby zażądał on potwierdzenia od (...) Sp. z o.o., iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów do niej dotarło, do czego to obliżowały go zarówno przepisy ustawy jaki i SIWZ. Z

kolei rzeczony oferent, w dniu następnym, tj. 26 lutego 2014 roku podjął, choć bezskuteczne w rezultacie, próby telefonicznego kontaktu z zamawiającym celem zasygnalizowania problemu z kompletnością wezwania nadesłanego faksem, jednak odpowiedź ze strony zamawiającego wraz z pełną treścią wezwania napłynęła dopiero w dniu 27 lutego o godzinie 11:22, a więc de facto na kilkadziesiąt minut przed upływem terminu do uzupełnienia ujawnionych braków oferty, przy czym pomimo zajścia tak nadzwyczajnych warunków, zamawiający nie wyraził zgody na przedłużenie tegoż terminu o jeden dzień.

W związku z przedstawionymi okolicznościami, należało przyjąć, że czynność wezwania (...) Sp. z o.o. do uzupełnienia braków złożonej oferty, która to w założeniu miała doprowadzić do jej konwalidowania, nie mogła zostać uznana za przeprowadzoną w sposób prawidłowy, wobec istnienia samej tylko wątpliwości (nie mówiąc już o pewności), że wezwanie to nie zostało doręczone adresatowi w sposób należyty, umożliwiający mu zapoznanie się z jego treścią w czasie, który umożliwiłby wykonanie jego dyspozycji w wyznaczonym terminie. Odnosząc się z kolei do tego ostatniego, nie można nie wspomnieć, że dwudniowy termin wyznaczony przez zamawiającego do złożenia brakujących dokumentów i oświadczeń należało uznać za nazbyt krótki i restrykcyjny, wobec jakże poważnych skutków jego niedochowania, do których zaliczyć można m.in. wykluczenie od dalszego udziału w postępowaniu. W ocenie Sądu, określenie tak krótkiego terminu nie usprawiedliwia nawet szczytny w założeniu cel, jakim było dążenie do jak najszybszego zakończenia postępowania przetargowego i wyłonienia najkorzystniejszej oferty.

Powracając do zagadnienia wystosowanego w niniejszej sprawie wezwania, nie należy także pominąć kwestii, że interwenient uboczny faksem nadanym w dniu 27 lutego o godzinie 10:51 dokonał częściowego uzupełnienia braków oferty poprzez przesłanie zamawiającemu zaświadczenia o posiadaniu środków na rachunku w wymaganej kwocie. Zatem, zarówno ta, jak i wcześniej omówione okoliczności świadczą o dochowaniu przez (...) Sp. z o.o. należytej staranności w dążeniu do efektywnego uzupełnienia dokumentów złożonej oferty, któremu przeszkodziły jedynie względy stricte formalno-techniczne. Zawiódł bowiem kanał komunikacyjny, za pomocą którego strony – z racji dzielącej je odległości – posługiwały się celem przyspieszenia procedur przetargowych. Wobec powyższego argumentu, w omawianym przypadku nie można więc mówić o całkowitej bierności wykonawcy, który usiłował w rzeczywistości próbował uczynić zadość żądaniom zamawiającego, co jednak ostatecznie nie z jego winy nie odniosło pozytywnego rezultatu.

Raz jeszcze należy podkreślić, iż w przypadku dostrzeżenia braków w złożonych ofertach, to na zamawiającym spoczywa ciężar skonstruowania transparentnego w swej treści wezwania do ich uzupełnienia, ale, co równie ważne, także jego prawidłowego doręczenia adresatowi, co, jak już zostało powiedziane, w niniejszej sprawie nie nastąpiło, a czego negatywnymi konsekwencjami zamawiający obciążył oferenta (...) Sp. z o.o., najpierw poprzez podjęcie decyzji o wykluczeniu z przetargu, a następnie – zatrzymaniu wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Dla porządku wskazać należy, że sama gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie w zasadzie swobody umów, unormowanej w art. 353⁽⁽¹⁾⁾ k.c. Sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez zakład ubezpieczeń (gwaranta) na rzecz beneficjenta gwarancji określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia. W przypadku, gdy gwarancja ubezpieczeniowa jest formą wadium w postępowaniu przetargowym, beneficjentem umowy gwarancyjnej jest zamawiający. Jest ona jednostronną czynnością zobowiązującą gwaranta (zakładu ubezpieczeń) wobec beneficjenta (zamawiającego) (vide: uchwała KIO z dnia 3 września 2010 roku, KIO/KU 63/10). Sama gwarancja ubezpieczeniowa, w takim stanie rzeczy, powinna w swojej treści wskazywać, że zdarzeniem warunkującym spełnienie świadczenia, do którego zobowiązuje się gwarant, jest zajście wypadków określonych w art. 46 ust. 4a i 5 u.p.z.p., a zatem niewywiązanie się przez wykonawcę z jego zobowiązań wynikających z przystąpienia do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Stosownie do treści art. 46 ust. 4a u.p.z.p., w powołaniu na który powódka zażądała od pozwanej jako gwaranta zapłaty wadium, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami m.in. w sytuacji, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył ich, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Instytucja zatrzymania wadium określona w art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, zmodyfikowana nowelą z dnia 19 października 2014 roku, zgodnie z uzasadnieniem projektu ww. nowelizacji, ma na celu przeciwdziałanie sytuacjom, w których grupa wykonawców działających w porozumieniu może powodować, iż zamówienie udzielane jest działającemu w porozumieniu wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów, a następnie, po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, bez poniesienia konsekwencji wycofać się z postępowania, podlegając jedynie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 u.p.z.p. Celem regulacji zawartej w art. 46 ust. 4a u.p.z.p. jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił żądanych dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z sytuacją wykonawców, którzy uchylają się od zawarcia umowy, bądź nie wnoszą zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 46 ust. 5 u.p.z.p.).

Z powyższego jasno wynika zatem, że ideą wprowadzenia do porządku prawnego przepisu art. 46 ust. 4a u.p.z.p. było przeciwdziałanie tzw. znikom przetargowym, co znajduje poparcie także w ugruntowanym stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym art. 46 ust. 4a u.p.z.p. ma charakter restrykcyjny i dolegliwy finansowo dla wykonawcy, dlatego też powinien być interpretowany zgodnie z wykładnią celowościową, tj. z punktu widzenia celu, dla którego został wprowadzony, polegającego na zapobieganiu znikom wykonawców, którzy działając razem i w porozumieniu, celowo nie załączali do oferty dokumentów podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 u.p.z.p. (vide: wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 409/09; wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r., KIO/465/11).

Z przedstawionych rozważań a contrario wynika, że celem omawianej regulacji z pewnością nie było karanie wykonawców, którzy w sposób niezawiniony stawianego wymogu czy też warunku nie spełnili. Ponadto, z całą stanowczością należy podkreślić, że zatrzymanie wadium nie może stanowić dodatkowego i łatwego źródła dochodów dla zamawiających. Decyzja o zatrzymaniu wadium powinna być podjęta dopiero po wnikliwej analizie, czy zaistniała obiektywnie uzasadniona podstawa do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 u.p.z.p. oraz wpływu braku uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 46 ust. 4a u.p.z.p. na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (vide: wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r., KIO/465/11; Olszewska-Stompel J., Praktyczne aspekty zatrzymania wadium przez zamawiającego (w:) System informacji prawnej Lex Omega, nr 104612; Nowicki J. E., Problemy z zatrzymaniem wadium, Monitor Zamówień Publicznych nr 7/2011, s. 22; Wieczorek M., Wyłączenie możliwości zatrzymania wadium, Zamówienia Publiczne Doradca nr 7/2011, s. 50; Banasik P., Zatrzymanie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (w:) system informacji prawnej Lex Omega, nr 105235).

Za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 roku (sygn. akt. II CSK 675/10), a także wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 roku (sygn. akt I ACa 357/10), należy dodatkowo wskazać, że zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, gdy wykonawca nie składa wymaganych dokumentów lub oświadczeń (...), przy czym o istnieniu ryzyka zmywy wykonawców – czemu przeciwdziałać ma omawiana regulacja – można byłoby mówić w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Możliwe staje się wówczas wykorzystywanie instytucji wadium jako sposobu na uzyskanie nienależnego przysporzenia. Odmiennej wykładni nie dałoby się pogodzić z dyrektywą zacieśniającego tłumaczenia regulacji wyjątkowych (*exceptiones non sunt extentendae*) o szczególnie restrykcyjnym charakterze, do których niewątpliwie należy zaliczyć art. 46 ust. 4a u.p.z.p. (podobnie także SN w wyroku z dnia 10 maja 2013 roku, I CSK 422/12).

W świetle powyższych rozważań zauważyć należy, że na gruncie rozpatrywanej sprawy nie było żadnych przesłanek do przyjęcia, że (...) Sp. z o.o. pozostawała w znowie z jakimkolwiek innym podmiotem uczestniczącym w przetargu, zważywszy na najbardziej prozaiczną okoliczność, że przystąpiły do niego jedynie dwa podmioty – poza konsorcjum firm (...) Sp. z o.o. w (...) Sp. z o.o. we W. – firma (...) Sp. z o.o. w W., której oferta, oceniona przez zamawiającego

jako najkorzystniejsza, ostatecznie zwyciężyła. Ponadto, cena zwycięskiej oferty była niższa od tej zaproponowanej przez (...) Sp. z o.o.

Raz jeszcze podkreślić należy, że obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania wykonawcy polegającego na nieuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 u.p.z.p., gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, kto zaoferuje najwyższą cenę.

W każdym wypadku odmowy zwrotu wadium zatrzymanego w związku z niewywiązaniem się przez wykonawcę z obowiązku uzupełnienia dokumentów i oświadczeń (w rozpatrywanym przypadku żądania zapłaty wadium przez gwaranta na rzecz zamawiającego), badaniu podlegają także przyczyny niewykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie powstaje wówczas, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest zatem jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego, co, jak już zostało wskazane, nie miało miejsca w niniejszej sprawie (vide: Nowicki J.E., Komentarz do art.26 ustawy – Prawo zamówień publicznych, Lex 2015).

Skoro nie było podstaw do zatrzymania wadium, brak tym samym podstaw do żądania wypłaty udzielonej tytułem wadium gwarancji ubezpieczeniowej.

Wziąwszy pod uwagę powyższe, Sąd uznał powództwo za bezzasadne i oddalił je w całości.

O kosztach postępowania Sąd orzekł zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu przyjętą w art. 98 k.p.c., zasądzając od powódki na rzecz pozwanej z ww. tytułu kwotę 3.617,00 zł, na którą złożyły się: wynagrodzenie pełnomocnika procesowego ustalone na podstawie § 6 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.2013.490 j.t.) – 3.600,00 zł i opłata skarbową od pełnomocnictwa – 17,00 zł oraz od powódki na rzecz interwenienta ubocznego z tego samego tytułu kwotę 4.417,00 zł, na którą złożyły się: wynagrodzenie pełnomocnika procesowego ustalone na podstawie § 6 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.2013.490 j.t.) – 3.600,00 zł, opłata sądowa od interwencji ubocznej – 800,00 zł i opłata skarbową od pełnomocnictwa – 17,00 zł.

Z/ odpis wyroku wraz z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikowi powoda i pełnomocnikowi interwenienta ubocznego.