



Sygn. akt II CSK 143/06

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 16 listopada 2006 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Krzysztof Pietrzykowski (przewodniczący)

SSN Zbigniew Kwaśniewski (sprawozdawca)

SSN Hubert Wrzeszcz

w sprawie z powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w W.  
przeciwko Uniwersytetowi [...] oraz S. J. - prowadzącemu działalność gospodarczą  
pod nazwą "R."

o stwierdzenie nieważności umowy,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym

w Izbie Cywilnej w dniu 16 listopada 2006 r.,

skargi kasacyjnej strony pozwanej S. J. - prowadzącego działalność gospodarczą  
pod nazwą "R."

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 4 listopada 2005 r.,

**oddala skargę kasacyjną i zasądza od pozwanego S. J. na rzecz  
powoda kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych)  
tytułem kosztów postępowania kasacyjnego.**

## Uzasadnienie

Sąd pierwszej instancji uwzględnił powództwo Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stwierdzając nieważność zawartej między pozwanymi umowy o opracowanie dokumentacji projektowej wobec dopatrzenia się naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Uznał, że doszło do naruszenia zawartego w art. 38 ust. 5 ustawy zakazu zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), powodującego zmianę warunków udziału w postępowaniu oraz zmianę kryteriów oceny ofert. Sąd stwierdził, że usprawiedliwieniem dla naruszenia ustawowego zakazu nie może być orzeczenie Zespołu Arbitrów, w którym uznano, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu utrudniają uczciwą konkurencję. Nadto Sąd I instancji dopatrył się naruszenia przepisu art. 29 ustawy wskutek niedopełnienia obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Apelacje obu pozwanych oddalił Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 4 listopada 2005 r. Uznał, że naruszenie zakazu modyfikacji SIWZ było istotnym naruszeniem przepisów ustawy mającym zawsze wpływ na wynik postępowania, a usprawiedliwieniem którego to naruszenia nie jest wykonanie wyroku Zespołu Arbitrów, zwłaszcza, że z orzeczenia tego nie wynikał sposób zrealizowania nakazu zgodności SIWZ z ustawą. Zmianę warunków udziału w postępowaniu dokonaną w jego toku uznał Sąd odwoławczy za niedopuszczalną i będącą naruszeniem ustawy wpływającym zawsze na wynik postępowania, bez względu na potwierdzenie wystąpienia wpływu zmiany specyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert na krąg podmiotów potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Za podstawową przyczynę stwierdzenia nieważności umowy z dnia 2 listopada 2004 r. uznał Sąd odwoławczy naruszenie art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarazem Sąd Apelacyjny zaaprobował stanowisko Sądu I instancji, że naruszeniem przez zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy było nieprecyzyjne

opisanie przedmiotu zamówienia wskutek posłużenia się pojęciem „adaptatywność pomieszczeń”, ponieważ pozostawia ono projektantowi wybór koncepcji użytkowej pomieszczeń szpitalnych, uniemożliwiając w ten sposób jednoznaczną ocenę spełnienia kryteriów przez zgłoszone oferty. Sąd odwoławczy uznał, że modyfikacja przez zamawiającego kryteriów doprowadziła najpierw do ograniczenia kręgu potencjalnych kontrahentów, a nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia wyeliminowało w tej sytuacji wykonawców mających kłopoty z przygotowaniem oferty. Modyfikacja specyfikacji spowodowała eliminację podmiotów zaskoczonych niedopuszczalnością takiego działania na tym etapie postępowania.

W skardze kasacyjnej S. J., opartej na obu podstawach kasacyjnych, zarzucono naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7, art. 29 ust. 1 i art. 38 ust. 5 w zw. z art. 191 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) cyt. dalej „p.z.p.”. Zarzut błędnej wykładni art. 38 ust. 5 p.z.p. uzasadnił skarżący uznaniem przez Sąd za niedopuszczalną modyfikację SIWZ, pomimo dokonania tej zmiany w wykonaniu wyroku Zespołu Arbitrów nakazującego zmianę zapisów. Natomiast zarzut niewłaściwego zastosowania art. 29 p.z.p. uzasadniono błędnym uznaniem wymogu adaptatywności pomieszczeń za niejasny opis przedmiotu zamówienia, podczas gdy takie sformułowanie dopuszcza w ocenie skarżącego możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. uzasadniono brakiem wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, które z warunków ustalonych w SIWZ stanowią naruszenie przepisów p.z.p. i błędne uznanie, że każda zmiana SIWZ powinna być w świetle art. 38 ust. 5 p.z.p. traktowana jako mająca wpływ na wynik postępowania.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powód wniósł o jej oddalenie i o zasądzenie kosztów postępowania przed Sądem Najwyższym. W uzasadnieniu odpowiedzi stwierdził, że wyrok Zespołu Arbitrów nie może być źródłem uchylenia ustawowego zakazu wynikającego z art. 38 ust. 5 p.z.p., a zamawiający może przy pomocy dostępnych instrumentów prawnych kwestionować taki wyrok. Nadto uznał,

że opis przedmiotu zamówienia naruszający wymogi art. 29 ust. 1 p.z.p. skutkuje brakiem określenia wymogów zamawiającego i prowadzi do braku możliwości porównania ze sobą składanych ofert.

Z kolei w piśmie procesowym z dnia 13 marca 2006 r. (k. 486) pozwany S. J. dokonał rozwinięcia uzasadnienia podstaw kasacyjnych, a nadto zarzucił nieważność postępowania wskutek wydania orzeczenia przez Sąd I instancji bez uprzedniego doręczenia pozwanemu pisma procesowego powoda z dnia 5 maja 2005 r. Uznanie tej okoliczności przez Sąd II instancji za pozostającą bez wpływu na treść rozstrzygnięcia ocenił skarżący jako gołosłowne. Nadto pozwany S. J. zarzucił nieważność postępowania wskutek wadliwego dokonania przekształcenia podmiotowego po stronie pozwanej w sytuacji pozwania jednostek pozbawionych zdolności sądowej.

Powód w piśmie procesowym z dnia 9 maja 2006 r. (k. 511) zanegował skuteczność zarzutu nieważności postępowania jako skierowanego do Sądu pierwszej instancji, a nadto uznał, że nie doszło do podmiotowej zmiany powództwa, a jedynie do sprostowania oznaczenia stron.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna nie została oparta na usprawiedliwionych podstawach.

Najdalej idący zarzut nieważności postępowania, który Sąd Najwyższy w granicach zaskarżenia bierze z urzędu pod rozagę (art. 398<sup>13</sup> § 1 k.p.c.), okazał się chybiony. Po pierwsze, w postępowaniu kasacyjnym kontrola nieważności postępowania odnosi się do postępowania przed sądem drugiej instancji. Tymczasem zarzut pozbawienia pozwanego możliwości obrony jego praw skierowany został w istocie pod adresem Sądu I instancji, który orzekał bez uprzedniego doręczenia pozwanemu pisma procesowego powoda z dnia 5 maja 2005 r. (k. 304), zatem ewentualna nieważność postępowania mogłaby dotyczyć jedynie postępowania pierwszoinstancyjnego, które nie jest przedmiotem kontroli kasacyjnej. Istota zarzutu skierowanego pod adresem Sądu II instancji wyraża się wyłącznie wadliwą oceną przez ten Sąd skutku, wskazanego w apelacji, naruszenia przepisów procesowych przez Sąd I instancji. Tak określony zarzut wymaga wyartykułowania w ramach drugiej podstawy kasacyjnej przepisu naruszonego

przez Sąd odwoławczy, obok wymienienia przepisów naruszonych przez Sąd pierwszej instancji (postanowienie SN z dnia 4 października 2002 r., III CKN 584/99, LEX nr 57228). Zarzut nieuwzględnienia przez sąd drugiej instancji nieważności postępowania przed sądem pierwszej instancji uzasadniać może obrazę art. 386 § 2 k.p.c., ale przepis ten nie został objęty granicami podstaw kasacyjnych, co eliminuje w tym przedmiocie dopuszczalność kontroli kasacyjnej przez Sąd Najwyższy (art. 398<sup>13</sup> § 1 k.p.c.).

Również zarzut wadliwości dokonanego trybu przekształcenia podmiotowego po stronie pozwanych dotyczy postępowania przed Sądem I instancji. Sąd ten dokonał sprostowania oznaczenia stron w następstwie ich prawidłowego oznaczenia w piśmie procesowym powoda z dnia 12 kwietnia 2005 r., (k. 248 akt), skierowanym do Sądu I instancji niemal na miesiąc przed wydaniem przezeń wyroku. Nadto, każdej modyfikacji oznaczenia stron nie można utożsamiać z podmiotową zmianą powództwa, wobec konieczności odróżnienia niewłaściwego oznaczenia strony od niewłaściwego doboru podmiotów procesu. W niniejszej sprawie powód jedynie niewłaściwie oznaczył strony pozwane, ponieważ najpierw wskazał jednostkę organizacyjną pozwanego Uniwersytetu zamiast wprost tę osobę prawną, a także wskazał nazwę pozwanego przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną zamiast określenia imienia i nazwiska tego pozwanego. Naprawienie tych wad możliwe było w trybie sprostowania oznaczenia stron (v. postanowienie SN z dnia 9 sierpnia 2000 r., I CKN 749/00, LEX nr 52784).

Przechodząc do oceny zarzutów sformułowanych w skardze kasacyjnej uznać należy za bezzasadny zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. i to w stopniu mającym istotny wpływ na wynik sprawy. Naruszenie tego przepisu może sprowadzać się do pominięcia wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku m.in. tych elementów, które składają się na podstawę faktyczną rozstrzygnięcia. Tymczasem pozwany uzasadnił zarzut naruszenia przepisu art. 328 § 2 k.p.c. niewskazaniem, które z warunków ustalonych w SIWZ stanowią naruszenie przepisów p.z.p. Tymczasem podstawą faktyczną rozstrzygnięcia niniejszego sporu nie jest kwestia naruszenia przepisów p.z.p. w następstwie zamieszczenia w SIWZ konkretnych sformułowań, lecz sam fakt dokonania modyfikacji treści SIWZ w zakresie określonym przedmiotowo w art. 38 ust. 5 p.z.p., do której

to modyfikacji doszło przed upływem terminu do składania ofert. Wobec powyższego zarzut pominięcia wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku konkretnych postanowień SIWZ jako naruszających przepisy p.z.p. nie dowodzi braku wskazania w uzasadnieniu tego wyroku elementów składających się na podstawę faktyczną rozstrzygnięcia, bowiem elementem tym jest sam fakt dokonania modyfikacji treści SIWZ, a nie ocena treści zmodyfikowanych w SIWZ postanowień w relacji do innych przepisów ustawy p.z.p.

Wobec bezzasadności zarzutu zgłoszonego w ramach drugiej podstawy kasacyjnej, oceny zarzutów naruszenia przepisów prawa materialnego należało dokonać z uwzględnieniem stanu faktycznego będącego podstawą orzekania Sądu drugiej instancji, ponieważ z mocy art. 398<sup>13</sup> § 2 k.p.c. w postępowaniu kasacyjnym Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia.

Jako chybiony należało ocenić zarzut błędnej wykładni art. 38 ust. 5 p.z.p. uzasadniony bezpodstawnym przypisywaniem Sądowi odwoławczemu uznania, że zmiana przez zamawiającego SIWZ dokonana w wykonaniu wyroku Zespołu Arbitrów nakazującego wyraźnie taką zmianę stanowi niedozwoloną, na podstawie art. 38 ust. 5 p.z.p., modyfikacją treści SIWZ. Sąd Apelacyjny nie wyraził przypisywanego mu w skardze kasacyjnej poglądu. Podzielając w całości zarówno ustalenia faktyczne jak i ocenę sprawy dokonaną przez Sąd I instancji, Sąd odwoławczy zaaprobował więc m. in. ustalenie Sądu I instancji, że choć Zespół Arbitrów ocenił, iż określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu utrudniają uczciwą konkurencję to jednak nie wskazał jak należy to wykonać, lecz zastrzegł, że ma to być zgodne z przepisami. Interpretację orzeczenia Zespołu Arbitrów, dokonaną przez zamawiającego, iż wystarczy jedynie dokonać zmian w treści Specyfikacji ocenił Sąd odwoławczy jako dowolną. W konsekwencji Sąd ten przyjął, że usprawiedliwieniem naruszenia kogentnej normy prawnej nie może być powoływanie się na błędnie zinterpretowane przez skarżącego orzeczenie Zespołu Arbitrów, w rezultacie czego wyraźnie sprzeciwił się uznaniu dokonanych w specyfikacji zmian za zgodne z nakazem Zespołu Arbitrów (str. 8 uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego). Nadto Sąd Apelacyjny wyraźnie stwierdził, że z samej sentencji wyroku Zespołu Arbitrów, a w szczególności z tenoru tego orzeczenia nie

wynika sposób zrealizowania nakazu zgodności SIWZ z ustawą p.z.p., a następnie uznał, że do zamawiającego należało podjęcie decyzji co do sposobu wykonania tego orzeczenia (s. 22 uzasadnienia zaskarżonego wyroku). W tej sytuacji bezzasadny jest zarzut dokonania błędnej wykładni art. 38 ust. 5 p.z.p. bowiem uzasadniony on jest przypisywanej Sądowi odwoławczemu interpretacji orzeczenia Zespołu Arbitrów, której Sąd ten nie dokonał. Przeciwnie, Sąd drugiej instancji wyraźnie stwierdził, że zmiana warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonana w toku tego postępowania, jest w świetle obowiązujących przepisów niedopuszczalna, co świadczy wprost o dokonaniu prawidłowej wykładni normy art. 38 ust. 5 p.z.p. Przepis ten nie zawiera bowiem żadnych wyjątków od wyartykułowanego w nim zakazu modyfikacji SIWZ w określonym tym przepisem przedmiotowym zakresie niedopuszczalności dokonywania zmian.

Nie okazał się również uzasadniony zarzut niewłaściwego zastosowania art. 29 p.z.p. wskutek uznania, że jego naruszenie polega na niejasnym opisie przedmiotu umowy w następstwie posłużenia się w niej pojęciem „adaptatywność pomieszczeń”. Zarzut niewłaściwego zastosowania przepisu prawa materialnego, a więc jego wadliwej subsumpcji, wtedy będzie zasadny, jeśli pomimo braku w stanie faktycznym sprawy elementów zgodnych z hipotezą wyrażonej w nim normy prawnej, organ stosujący prawo zastosuje ten przepis. Tymczasem sformułowane w skardze kasacyjnej uzasadnienie zarzutu niewłaściwego jego zastosowania sprowadza się nie do kwestionowania istnienia lub braku ustaleń przesądzających o dopuszczalności aktu subsumpcji, ale do polemiki skarżącego z oceną Sądu odwoławczego, że opis przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczny i wyczerpujący i nie odpowiada wszystkim wymaganiom przewidzianym w art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. Tymczasem Sąd drugiej instancji na str. 26 i 27 uzasadnienia zaskarżonego wyroku zawarł wyczerpujące uzasadnienie swojego stanowiska przez wskazanie faktów, które dowodzą, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony z naruszeniem przepisów art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. Uzasadnienie odmiennego stanowiska skarżącego mogłoby ewentualnie wskazywać na wadliwość wykładni norm zawartych w art. 29 p.z.p., a nie na niewłaściwym zastosowaniu tego przepisu. Jednakże nawet takie odczytanie

intencji skarżącego nie dowodzi naruszenia art. 29 p.z.p., przez jego błędną wykładnię, ponieważ, wywody uzasadnienia zaskarżonego wyroku przekonywająco dowodzą, że opis przedmiotu zamówienia nie był jednoznaczny i wyczerpujący i nie uwzględniał wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Trafnie też uznał Sąd Apelacyjny i swoje stanowisko należycie uzasadnił, że sposób opisanie przedmiotu zamówienia („adaptatywność pomieszczeń”) mógł utrudniać uczciwą konkurencję.

Skarżący jedynie o tyle ma rację, gdy sprzeciwia się nazbyt kategorycznemu stanowisku Sądu Apelacyjnego, że jeżeli w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszeń przepisów ustawy, to sytuacja taka ma zawsze wpływ na wynik postępowania. Tymczasem nie każde uchybienie procedurze przetargowej niweczy cel i charakter zamówienia publicznego prowadząc do nieważności umowy w sprawie zamówień publicznych (wyrok SN z dnia 11 czerwca 2003 r., V CKN 240/01, niepubl.). O trafności tego ostatniego stanowiska świadczy choćby różnica występująca między brzmieniem przepisu art. 146 ust. 1 pkt 5 i art. 146 ust. 1 pkt 6 p.z.p. W pierwszym z nich oderwano skutek w postaci nieważności umowy od przesłanki wpływu rażącego naruszenia ustawy na dokonany wybór oferty. Natomiast w drugim z nich istnienie wpływu naruszeń przepisów ustawy na wynik postępowania jest materialnoprawną przesłanką skutkującą nieważnością umowy. Jednakże wskazane uchybienie Sądu w sferze wykładni art. 146 p.z.p. w żadnym razie nie podważa trafności rozstrzygnięcia zaskarżonego wyroku, a zwłaszcza nie przesądza o naruszeniu art. 146 ust. 1 pkt 6 p.z.p. wskutek dokonania wadliwej subsumpcji, wobec braku podstaw faktycznych do jego zastosowania. Prawidłowe ustalenie Sądu naruszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 38 ust. 5 ustawy zostało bowiem zestawione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (s. 28 uzasadnienia) ze wskazaniem wpływu tych naruszeń na wynik tego postępowania. Sąd Apelacyjny wyraźnie wskazał na poszczególne przejawy wpływu naruszeń przepisów ustawowych na wynik postępowania, a polegające mianowicie na ograniczeniu kręgu potencjalnych odbiorców specyfikacji, na eliminacji wykonawców mających kłopoty z przygotowaniem oferty wobec nieprecyzyjnego



opisu przedmiotu zamówienia, czy wreszcie na eliminacji podmiotów zaskoczonych niedopuszczalnością modyfikacji SIWZ na tym etapie postępowania.

W tym stanie rzeczy Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji na podstawie art. 398<sup>14</sup> § k.p.c.

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 99 k.p.c. oraz na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych... (Dz.U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.).