



Sygn. akt I CSK 448/10

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 marca 2011 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Krzysztof Pietrzykowski (przewodniczący)

SSN Wojciech Katner

SSN Bogumiła Ustjanicz (sprawozdawca)

Protokolant Ewa Krentzel

w sprawie z powództwa Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie
przeciwko Warszawskiemu Przedsiębiorstwu Mostowemu "Mosty" S.A. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwu Budowy Dróg i Mostów Spółce z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, Przedsiębiorstwu Robót Drogowych "Lubartów" S.A. z siedzibą w Lubartowie, "ABM POL-DRÓG Legnica" Spółce z o.o. z siedzibą w Legnicy, Kieleckiemu Przedsiębiorstwu Robót Drogowych Spółce z o.o. z siedzibą w Kielcach
o zapłatę,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 24 marca 2011 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku
Sądu Apelacyjnego
z dnia 15 stycznia 2010 r.,

oddala skargę kasacyjną i zasądza od powoda na rzecz pozwanych:

- **Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Spółki z o.o. w Mińsku Mazowieckim,**
 - **"ABM POL-DRÓG Legnica" Spółki z o.o. w Legnicy,**
 - **Przedsiębiorstwa Robót Drogowych "Lubartów" S.A. w Lubartowie**
- kwoty po 5400 zł tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu kasacyjnym.**

Uzasadnienie

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Apelacyjny oddalił apelację powoda Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie od wyroku Sądu Okręgowego z dnia 2 kwietnia 2009 r., którym zostało oddalone jego powództwo skierowane przeciwko Warszawskiemu Przedsiębiorstwu Mostowemu „Mosty” Spółce Akcyjnej w Warszawie, Przedsiębiorstwu Budowy Dróg i Mostów Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Mińsku Mazowieckim, Przedsiębiorstwu Robót Drogowych „Lubartów” Spółce Akcyjnej w Lubartowie, „ABM POL-DRÓG Legnica” Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy (poprzednio Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego „ABM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy) i Kieleckiemu Przedsiębiorstwu Robót Drogowych Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach o zapłatę kwot po 240000 zł od każdego z nich wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 6 kwietnia 2007 r. oraz zasądził od powoda na rzecz każdego z pozwanych kwotę 5400 zł tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

Szczegółowe ustalenia i rozważania prawne przedstawiały się następująco:

Powód ogłosił w dniu 8 kwietnia 2006 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pod nazwą „Budowa węzła komunikacyjnego Kielce Północ w ciągu drogi krajowej Nr S7 odcinek Występa-Wiśniówka (km 531+804,02 km 539+078,24) wraz z rozbudową drogi krajowej Nr 73 do parametrów dwujezdniowej drogi klasy GP odcinek Wiśniówka - granica m. Kielce (km1+200,24-km3+579,19). W specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił wadium, warunkujące udział w tym postępowaniu, w wysokości 1200000 zł oraz wskazał okres związania ofertą na 90 dni. Pozwani, działając w ramach zawartego konsorcjum, złożyli ofertę i wnieśli wadium w formie gwarancji bankowej. W dniu 19 czerwca 2006 r. nastąpiło otwarcie ofert i stwierdzono, że wpłynęły 4 oferty, w tym oferta pozwanych. Powód dokonał wyboru oferty pozwanych, ocenionej jako najkorzystniejsza. Z uwagi na toczące się postępowanie odwoławcze, zakończone ostatecznie wyrokiem Sądu Okręgowego z dnia 27

listopada 2006 r., powód dwukrotnie wzywał pozwanych do przedłużenia czasu trwania gwarancji i pozwani czterokrotnie tego dokonywali. Ostatecznie gwarancja wygasła w dniu 16 stycznia 2007 r. Powód nie wezwał pozwanych po raz kolejny do przedłużenia czasu trwania gwarancji lub wniesienia wadium. Pismem z dnia 11 stycznia 2007 r. poinformował ich o utrzymaniu w mocy decyzji o wyborze złożonej przez nich oferty. Następnie w dniu 15 stycznia 2007 r. przedstawił Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych dokumentację dotyczącą postępowania w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej, o czym poinformował także członków konsorcjum, pismem z dnia 17 stycznia 2007 r. Zamawiający został poinformowany o wyniku kontroli uprzedniej w dniu 7 marca 2007 r. i pismami z 22 i 30 marca 2007 r. wezwał pozwanych do udziału w spotkaniu celem podpisania umowy, jak też poinformował o obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Konsorcjum powiadomiło powoda, pismem z dnia 5 kwietnia 2007 r., że zawarcie umowy na warunkach cenowych określonych w ofercie nie jest możliwe, z uwagi na wzrost cen materiałów i robocizny. Powód z kolei poinformował pozwanych o braku możliwości zmiany warunków wskazanych w ofercie i wyznaczył ostateczny termin do podpisania umowy na dzień 13 kwietnia 2007 r. Pozwani zaproponowali ugodowe załatwienie sprawy w postępowaniu pojednawczym. Zamawiający nie zgodził się na udział w pertraktacjach, odstąpił od zawarcia umowy i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych, którą złożyła STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Protesty pozwanych nie odniosły rezultatu. Do podpisania umowy, po uzyskaniu zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, doszło w dniu 22 czerwca 2007 r. Powód wezwał pozwanych do zapłaty kwoty 1200000 zł, stanowiącej równowartość wadium.

Sąd Apelacyjny przyjął, że powód określił swoje roszczenie, jako wadium i wskazał podstawę prawną - art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy z dnia 29 kwietnia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, dalej - p.z.p.), w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania przetargowego – co wiązało Sąd w rozpoznawanej sprawie. Odmowa przyznania powodowi przez Sąd Okręgowy żądanej ochrony oraz przytoczona argumentacja prawna zostały podzielone przez Sąd drugiej instancji. Stwierdził on, że prawo

zatrzymania wadium przysługuje w sytuacjach enumeratywnie wymienionych w art. 46 ust. 5 p.z.p. i dotyczy wadium złożonego lub wpłaconego, a zatem pozostającego w dyspozycji zamawiającego. Nie ma zastosowania przepis art. 70⁴ k.c., ponieważ regulacje art. 45 i art. 46 p.z.p. są szczególnymi w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego. Wymóg zabezpieczenia oferty przez wadium przez cały okres trwania postępowania przetargowego jest bezwzględnie obowiązujący, a sankcją niedokonania tego jest, zgodnie z art. 24 p.z.p. wykluczenie wykonawcy. Przepisy obu wymienionych ustaw przewidują tylko zatrzymanie wadium, nie zaś prawo żądania zasądzenia go na rzecz zamawiającego po wygaśnięciu zabezpieczenia. Skutkiem wygaśnięcia w dniu 16 stycznia 2007 r. gwarancji bankowej, udzielonej na żądanie pozwanych, zamawiający utracił posiadanie wadium. Nie zostało wykazane twierdzenie powoda, że nie mógł wykluczyć pozwanych z postępowania przetargowego wobec braku wadium na etapie kontroli uprzedniej oraz kiedy kontrola ta została wszczęta, stosownie do art. 168 p.z.p. Zamawiający miał prawo do żądania przedłużenia okresu na jaki ustanowiona została gwarancja, zgodnie z art. 181 ust. 2 p.z.p., a konsekwencją niedokonania tego jest pozbawianie możliwości domagania się zasądzenia kwoty odpowiadającej wysokości wadium, skoro zaspokojenie z wadium następuje przez złożenie oświadczenia o zatrzymaniu lub skierowania żądania zapłaty do gwaranta. Zawarta w art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p. regulacja dotyczy wyłącznie możliwości zatrzymania istniejącego wadium, nie przewiduje natomiast podstawy do realizowania roszczenia odszkodowawczego.

Powód oparł skargę kasacyjną na podstawie objętej art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c., zarzucając zaskarżonemu wyrokowi niezastosowanie art. 471 k.c. w związku z art. 14 p.z.p., polegające na odmowie przyznania mu uprawnienia do roszczenia odszkodowawczego, którego wysokość limitowana jest wysokością wadium. Błędny wykładnię art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p. łączy z uznaniem, że zaspokojenie roszczenia odszkodowawczego zamawiającego uzależnione jest od istnienia zabezpieczenia w postaci wadium i może ono mieć miejsce jedynie poprzez zatrzymanie tego wadium. Niewłaściwe zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. dotyczy przyjęcia, że oferta pozwanych powinna być odrzucona po wygaśnięciu wadium.

Skarżący domagał się uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Pozwani Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mińsku Mazowieckim, „ABM POL- DRÓG Legnica” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Lubartów” Spółka Akcyjna w Lubartowie wnieśli o oddalenie skargi kasacyjnej i zasądzenie zwrotu kosztów procesu związanych z postępowaniem kasacyjnym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Prawo zamówień publicznych jest aktem prawnym określającym, stosownie do art. 1 p.z.p. (zmiany ustawy wprowadzone w okresie od wszczęcia postępowania w sprawie zamówienia publicznego do ogłoszenia jej tekstu jednolitego w Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 nie dotyczyły regulacji będącej podstawą sporu), zasady, tryb udzielania zamówień publicznych, środki kontroli udzielania zamówień oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Przewiduje ono szczególny tryb zawierania odpłatnych umów cywilnoprawnych, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, w drodze postępowania o udzielenie zamówienia (art. 2 pkt 13 p.z.p.) pomiędzy podmiotami ustawowo określonymi - zamawiającym (art. 2 pkt 12 i art. 3 p.z.p.) i - wykonawcą (art. 2 pkt 11 p.z.p.). Zawarcie umowy mogło nastąpić w drodze przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, licytacji elektronicznej. Prawo to stanowi część prawa cywilnego, na co wskazuje odesłanie do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego (art. 14 p.z.p.) do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej, a zatem jest ustawą szczególną w stosunku do ogólnych norm Kodeksu cywilnego.

Postępowanie zmierzające do zawarcia umowy w trybie przetargu nieograniczonego inicjuje zamawiający przez publiczne ogłoszenie, obejmujące zaproszenie do składania ofert, skierowane do nieograniczonego lub ograniczonego kręgu adresatów, którego wymaganą treść określają art. 40, 41 i 42 p.z.p. Zaproszenie to jest zarazem szczególnego rodzaju ofertą zawarcia

porozumienia co do trybu, w którym ma nastąpić zawarcie umowy. Zamawiający jest związany postanowieniami zawartymi w ogłoszeniu, zarówno tymi, które stanowią elementy postępowania przetargowego, jak i tymi, dotyczącymi treści umowy, będącej przedmiotem przetargu. Złożenie oferty, w odpowiedzi na ogłoszenie o przetargu nieograniczonym, wywołuje skutek w postaci związania ofertą oraz przyjęcia przez oferenta ustalonego trybu postępowania przetargowego. Konsekwencją tego jest zawarcie przez zamawiającego i składającego ofertę porozumienia obejmującego zasady i tryb postępowania, które mają doprowadzić do zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu. Porozumienie to i związane z nim prawa i obowiązki stron tego postępowania stanowią szczególnego rodzaju stosunek prawny, o którym mowa w art. 70¹ § 4 k.c., w doktrynie nazywany umową przetargową. Istotnym elementem ogłoszenia jest informacja na temat wadium, którego żądanie w art. 45 ust. 1 p.z.p. określono jako obowiązek, a w art. 45 ust. 2 p.z.p. jako uzależnione od woli zamawiającego. Wniesienie wadium powinno nastąpić przed upływem terminu do składania ofert, w wysokości ustalonej przez zamawiającego oraz w formie określonej w art. 45 ust. 6 p.z.p. Instytucja wadium została kompleksowo uregulowana w art. 70⁴ k.c. Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji wadium, a zatem należy przyjąć tę objętą art. 70⁴ § 1 k.c. w związku z art. 14 p.z.p., gdzie za wadium uznaje się sumę pieniężną lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, wnoszone pod rygorem niedopuszczenia do udziału w przetargu. Z istoty wadium wynika, że zabezpiecza ono złożoną ofertę do momentu zawarcia umowy, a zatem przez cały okres związania ofertą. Ponadto spełnia ono funkcje: stworzenia bariery finansowej zapewniającej przystąpienie do przetargu jedynie podmiotów rzeczywiście zainteresowanych, zapewnienia odszkodowania zastrzeżonego na wypadek uchylania się przez wybranego wykonawcę od zawarcia umowy oraz kompensacyjną, jako zryczałtowanego odszkodowania. Realizacja zabezpieczającej funkcji wadium polega na tym, że jeżeli od zawarcia umowy uchyla się wykonawca, którego oferta została wybrana, to zamawiający może pobraną jako wadium sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia zapłaty wadium. Funkcja kompensacyjna polega na tym, że w razie odmowy zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana,

zamawiający może zaspokoić swoje roszczenia wyłącznie przez zatrzymanie wadium albo przez zaspokojenie z przedmiotu zabezpieczenia wadium. Przepis art. 46 p.z.p. określa przypadki, w których zamawiający ma obowiązek zwrócić wadium wykonawcom, zażądać ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium oraz kiedy ma prawo zatrzymać wadium. Zatrzymanie wadium, o którym mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 p.z.p. dotyczy wadium wniesionego w pieniądzu. W odniesieniu do tego prawa przewidziane zostały jedynie wypadki, które stanowią przeszkody do zawarcia umowy, leżące po stronie wykonawcy. Należy zatem przyjąć, że w razie wniesienia wadium w formach wskazanych w art. 46 ust. 6 pkt od 2 do 5 p.z.p. konsekwencje odmowy zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana powinny być określone w oparciu o art. 70⁴ § 2 zdanie pierwsze k.c. w związku z art. 14 p.z.p., jako uprawnienie do dochodzenia zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia. Brak uregulowania w art. 46 p.z.p. sytuacji wykonawcy, którego oferta została wybrana, jeśli od zawarcia umowy uchyła się zamawiający. Niezupełność ta powoduje potrzebę sięgnięcia do art. 70⁴ § 2 zdanie trzecie k.c. w związku z art. 14 p.z.p., nie ma bowiem podstaw do uznania, że charakter i specyfika zamówień publicznych sprzeciwiają się stosowaniu takiej samej zasady tak w odniesieniu do wykonawcy, jak i w stosunku do zamawiającego, na co przekonująco zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 kwietnia 2010 r., V CSK 321/09, niepubl. Powyższe rozważania prowadzą do konstatacji, że zatrzymanie wadium wpłaconego w pieniądzu lub dochodzenie zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia możliwe jest w razie, gdy doszło do wpłacenia go lub udzielenia zabezpieczenia. Tak art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p., jak i art. 70⁴ § 2 k.c. nie stanowią podstawy do żądania przez zamawiającego od wykonawcy, którego oferta została wybrana, zapłaty kwoty stanowiącej wadium, jeśli nie doszło do jego wniesienia. Zarzut błędnej wykładni art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p. należało uznać za bezzasadny. Wygaśnięcie gwarancji bankowej przed zakończeniem procedury przetargowej jest tożsame z sytuacją niewniesienia wadium. Dochodzenie zasądzenia kwoty obejmującej sumę wadium z powołaniem się na art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p. nie zezwalało na ocenę roszczenia jako odszkodowania, zwłaszcza że twierdzeń

i okoliczności wskazujących na roszczenie odszkodowawcze nie zawierała również apelacja.

Nie można wykluczyć możliwości konstruowania, w sytuacji wygaśnięcia gwarancji bankowej, jako wniesionego wadium, przed zawarciem umowy, od czego uchylił się wykonawca, którego oferta została wybrana, roszczenia odszkodowawczego na gruncie art. 471 k.c. w związku z art. 14 p.z.p., skoro opisane prawa i obowiązki uczestników postępowania w sprawie zamówienia publicznego traktowane być mogą jako swoista umowa. Wymagało to jednak powołania właściwych okoliczności i dowodów dla wykazania przesłanek przewidzianych tym uregulowaniem, czego jednak powód nie dokonał. Podniesienie zarzutu naruszenia art. 471 k.c. dopiero w skardze kasacyjnej nie mogło być uznane za skuteczne.

W art. 24 p.z.p. wskazane zostały okoliczności, których implikacja powodowała powstanie obowiązku zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w ust. 2 pkt. 4 mowa była o wykluczeniu wykonawcy, który nie wniósł wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą lub nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. Z kolei z art. 168 ust. 6 p.z.p. wynika, że w przypadku upływu terminu ważności wadium w trakcie trwania kontroli uprzedniej nie miał zastosowania art. 24 ust. 2 pkt. 4 p.z.p. Kontrola ta prowadzona była przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a obligatoryjna była w odniesieniu do zamówień przekraczających równowartość w złotych robót budowlanych w rozmiarze 20000 euro (art. 167 ust. 2 p.z.p.) i obligowała zamawiającego do przekazania, bez wzywania, kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 167 ust. 3 p.z.p.). Zgodnie z art. 168 ust. 1 p.z.p. wszczęcie kontroli dotyczącej opisanego zamówienia następowało z dniem przekazania Prezesowi Urzędu kopii wymienionych dokumentów, a zatem od dnia doręczenia tych dokumentów nie istniała możliwość wykluczenia wykonawcy, którego oferta została wybrana, jeśli wygasło udzielone jako wadium zabezpieczenie. Niezależnie od tego, że data doręczenia dokumentów Prezesowi Urzędu nie została wykazana, jak też, że nie było możliwości wcześniejszego wezwania pozwanych do przedłużenia okresu trwania gwarancji, czy też od założenia, że wezwanie mogłoby się okazać

bezskuteczne, to opisana konsekwencja byłaby taka sama - zamawiający nie mógłby się zaspokoić z wadium, którego nie było, w razie zajścia okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 5 p.z.p. Możliwości takiej nie byłoby również w przypadku wykluczenia wykonawcy. Wobec tego zarzut błędnego zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. nie mógł mieć wpływu na wynik sprawy. Rozważanie kwestii dotyczących naruszenia obowiązków związanych z zabezpieczeniem oferty mogłoby być prowadzone w ramach sporu dotyczącego roszczenia odszkodowawczego i przesłanek powołanego już przepisu art. 471 k.c., którego powód jednak nie zgłosił.

Z powyższych względów pozbawiona uzasadnionych podstaw skarga kasacyjna podlegała oddaleniu na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. Orzeczenie o kosztach postępowania kasacyjnego oparte zostało na zasadzie odpowiedzialności za wynik postępowania kasacyjnego przewidzianej art. 98 § 1 w związku z art. 391 § 1 i art. 398²¹ k.p.c.