



Sygn. akt II CSK 675/10

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 lipca 2011 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Grzegorz Misiurek (przewodniczący, sprawozdawca)
SSN Wojciech Katner
SSN Iwona Koper

w sprawie z powództwa P. Spółki Akcyjnej z siedzibą w T.
przeciwko Skarbowi Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych
i Autostrad Oddziałowi w Ł.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym
w Izbie Cywilnej w dniu 7 lipca 2011 r.,
skargi kasacyjnej strony pozwanej
od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 30 czerwca 2010 r.,

oddala skargę kasacyjną.

Uzasadnienie

Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 19 lutego 2010 r. zasądził od pozwanego Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. na rzecz powódki „P.” S.A. w T. kwotę 330.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 19 maja 2009 r. do dnia zapłaty i oddalił powództwo w pozostałej części.

Sąd Okręgowy ustalił, że powódka „P.” S. A. z siedzibą w T. złożyła, jako wykonawca, ofertę w zorganizowanym przez pozwanego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu. Powód – na żądanie pozwanego – wniósł wadium w formie gwarancji bankowej wystawionej przez I. Bank S. A. Pismem z dnia 20 marca 2009 r. pozwany wezwał powoda do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji kadry zatrudnionej przez powódkę. W dniu 31 marca 2009 r. powódka wysłała żądane dokumenty telefaksem oraz za pośrednictwem poczty przesyłką priorytetową. Dokumenty w formie pisemnej wpłynęły do pozwanego po upływie wyznaczonego terminu.

Pozwany wykluczył powódkę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.; dalej: „u.p.z.p.”), a na podstawie art. 46 ust. 4a tej regulacji, w związku z brakiem złożenia dokumentów do dnia 31 marca 2009 r., zatrzymał wniesione wadium. Pozwany uznał, że żądane dokumenty, wobec niezachowania formy pisemnej, w ogóle nie zostały złożone i dlatego nie były oceniane merytorycznie.

W dniu 16 kwietnia 2009 r. powódka złożyła protest na czynność pozwanego w postaci zatrzymania wadium podnosząc naruszenie art. 46 ust. 4a u.p.z.p. Nie złożyła natomiast odwołania od czynności wykluczenia z przetargu.

Na skutek dyspozycji z dnia 24 kwietnia 2009 r. I. Bank S.A. dokonał płatności na rzecz pozwanego obciążając rachunek powódki kwotą 330.000 zł.

W dniu 28 kwietnia 2009 r. pozwany oddalił protest z uwagi na niewykazanie przez powódkę – wbrew obowiązkowi z art. 179 ust. 1u.p.z.p. – interesu prawnego

w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia Powódka nie kwestionowała bowiem zasadności wykluczenia z przetargu, lecz zarzuciła sprzeczność z prawem zatrzymania wadium, nie wskazując nawet na potencjalną możliwość uzyskania zamówienia.

Mimo wezwania powódki do zwrotu wadium w terminie 7 dni, doręzonego 11 maja 2009 r., pozwany do chwili obecnej nie dokonał zwrotu.

Pozwany wybrał formę pisemną jako właściwą dla przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji (punkt 3.3. SIWZ), przy czym nie stosował praktyki określania rygoru niezachowania wybranej formy.

Sąd Okręgowy nie podzielił zarzutu pozwanego wskazującego na brak kognicji sądu powszechnego w zakresie oceny decyzji o zatrzymaniu wadium i uznał, że roszczenie powódki ma charakter cywilnoprawny (art. 1 k.p.c.), a jego podstawę stanowi art. 410 w zw. z art. 405 k.c. Mając na uwadze treść art. 60 i 61 k.c. uznał, że w następstwie wysłania dokumentów telefaksem oświadczenie powódki co do kwalifikacji jego pracowników doszło do adresata w zakreślonym terminie, dzięki czemu możliwe było zapoznanie się z ofertą i dokonanie jej oceny pod względem formalnym i merytorycznym. Doręczenie dokumentów pocztą umożliwiło zapoznanie się z treścią oryginału. Zaznaczył jednak, że stosownie do art. 78 k.c. wysłanie oświadczenia telefaksem nie czyni zadość wymogowi formy pisemnej, przez co naruszony został art. 26 ust 3 i art. 27 u.p.z.p. Podkreślił, że przy wykładni art. 46 ust. 4a u.p.z.p. pozwalającego zatrzymać zamawiającemu wadium, należy uwzględnić cel tego przepisu, tj. przeciwdziałanie znowie wykonawców. Samo zaś zatrzymanie wadium może nastąpić jedynie wówczas, gdy dokument w ogóle nie został złożony, nie zaś w sytuacji, gdy jest obciążony wadami. Pozwany zatrzymując wadium naruszył art. 46 ust. 4a u.p.z.p., przez co uzyskał nienależną korzyść. Dlatego należało zasądzić kwotę odpowiadającą wysokości wadium wraz z ustawowymi odsetkami od dnia następującego po dniu wezwania do zapłaty, tj. od 19 maja 2009 r.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 30 czerwca 2010 r. oddalił apelację pozwanego. Wyjaśnił, że art. 27 u.p.z.p., odnoszący się do sposobu przekazywania oświadczeń, zawiadomień i informacji składanych w postępowaniu o udzielenie

zamówienia, a zatem także do uzupełnienia informacji w trybie art. 26 ust. 1 i 2 u.p.z.p., wyłącza – jako *lex specialis* – stosowanie art. 82 ust. 2 u.p.z.p. i nie wprowadza rygoru nieważności przy niedochowaniu ustalonej formy w komunikacji między zamawiającym a uczestnikiem przetargu. Podzielił także pogląd o konieczności dokonywania wykładni art. 46 ust. 4a u.p.z.p. z uwzględnieniem celu tego unormowania i uznał, że nieprawidłowe działanie powódki i dostarczenie informacji w niewłaściwej formie nie ma nic wspólnego z przedmiotem ochrony przewidzianym w Prawie zamówień publicznych. Pozwany mógł się zapoznać z oświadczeniem powódki, a oryginały dotarły z nieznacznym opóźnieniem. Wadium nie powinno służyć zamawiającemu jako sposób na uzyskanie nienależnego przysporzenia, a nieprawidłowości w działaniu powódki były błahie i nie powinny skutkować przepadkiem wadium. Pominięcie formy pisemnej nie zaburzyło toku przetargu, a pozwany nie poniósł żadnej szkody i mógł zakończyć przetarg. Zamawiający otrzymał żądane dokumenty przez co nie doszło do spełniania przesłanek z art. 46 ust. 4a p.z.p.

Sąd Apelacyjny, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 60 i 61 k.c., wskazał, że zawiadomienie o kwalifikacjach pracowników jest oświadczeniem wiedzy, a nie woli, co nie oznacza, że nie zachodzą między nimi podobieństwa uprawniające do odpowiedniego stosowania do oświadczeń wiedzy przepisów o oświadczeniach woli. Podzielił również pogląd Sądu pierwszej instancji, że podstawą prawną roszczenia jest art. 410 § 2 w zw. art. 405 k.c. W momencie spełnienia świadczenia istniała bowiem jego podstawa prawna, która następnie odpadła.

Skargę kasacyjną pozwany oparł na podstawach naruszeniu przepisów prawa materialnego, tj. art. 82 ust. 2, art. 46 ust. 4 a w zw. z art. 27 ust. 1 u.p.z.p., art. 410 § 2 k.c. oraz na naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 2 § 3 w zw. z art. 1, art. 378 § 1 i art. 379 pkt 1 k.p.c. W konkluzji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności należy odnieść się do najdalej idącego zarzutu wskazującego na nieważność postępowania z uwagi na niedopuszczalność drogi sądowej (art. 2 § 3, art. 1, art. 378 § 1 i art. 379 pkt 1 k.p.c.).

Według skarżącego, do oceny prawidłowości zatrzymania wadium przez zamawiającego nie były uprawnione sądy powszechne, lecz inny organ (Krajowa Izba Odwoławcza), gdyż w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przewidziano w tym zakresie odrębny system środków ochrony prawnej, na który składały się kolejno: protest do zamawiającego, odwołanie do Prezesa KIO, a na końcu skarga do sądu powszechnego, a który nie został wykorzystany. Odnosząc się do tego zarzutu, trzeba uznać go za chybiony.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 u.p.z.p. w brzmieniu obowiązującym przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. datą wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. nowelizującej tę regulację (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), środki ochrony prawnej określone w dziale VI (protest, odwołanie, skarga do sądu) przysługiwały wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub mógł doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zatem wymienione środki ochrony prawnej przysługiwały jedynie w stosunku do tych czynności zamawiającego, które uniemożliwiały uzyskanie zamówienia publicznego. W sprawie niniejszej powódka – co nie było przedmiotem sporu – nie kwestionowała zasadności wykluczenia z przetargu, lecz zarzuciła pozwanemu jedynie sprzeczne z prawem zatrzymanie wadium. Innymi słowy, nie był zagrożony jej „interes prawny w uzyskaniu zamówienia”. Nie miała zatem możliwości – jak błędnie wskazywał pozwany – wniesienia, po rozstrzygnięciu protestu przez zamawiającego, odwołania zgodnie z obowiązującym wtedy art. 184 ust. 1 u.p.z.p. W związku z powyższym nie doszło do naruszenia przez Sąd drugiej instancji art. 2 § 3 w zw. z art. 1, art. 378 § 1 i art. 379 pkt 1 k.p.c.

W ocenie Sądu Najwyższego, nie zasługują na uwzględnienie podniesione w skardze kasacyjnej zarzuty naruszenia przez Sąd Apelacyjny przepisów prawa materialnego.

Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu miała kwestia legalności zatrzymania przez zamawiającego wniesionego przez powódkę – w formie gwarancji bankowej – wadium na podstawie art. 46 ust. 4a u.p.z.p. Sąd Apelacyjny uznał, że żądane przez zamawiającego dokumenty potwierdzające kwalifikacje pracowników powódki zostały skutecznie złożone, choć w niewłaściwej formie. Stwierdził, że przewidziana w art. 82 ust. 2 p.z.p. sankcja nieważności została zastrzeżona dla złożenia oferty, a nie dla uzupełniania informacji. Wskazał, że art. 27 u.p.z.p., regulujący sposób uzupełniania informacji, wyłącza – jako *lex specialis* – art. 82 u.p.z.p. Wykładnia art. 46 ust. 4a p.z.p. – umożliwiającego zatrzymanie wadium – powinna zaś uwzględniać cel, dla którego został on wprowadzony do systemu prawnego, tj. zapobieganie znikom wykonawców. W niniejszej sprawie zagrożenie takie nie istniało, skoro zamawiający mógł zapoznać się z treścią dokumentów, a oryginały dotarły z nieznacznym opóźnieniem. Pozwany w skardze kasacyjnej, kwestionując wskazaną przez Sąd Apelacyjny relację między art. 27 i art. 82 ust. 2 u.p.z.p., podniósł również, że skoro oświadczenie o kwalifikacjach pracowników stanowiło integralną część oferty, to również jej uzupełnianie o ten dokument powinno mieć postać formy pisemnej, pod rygorem nieważności.

Nie można odmówić racji skarżącemu co do wadliwego odczytania przez Sąd Apelacyjny stosunku zachodzącego między art. 27 a art. 82 ust. 2 u.p.z.p. Nie podważa to jednak skutecznie dokonanej przez ten Sąd oceny legalności zatrzymania wadium przez zamawiającego (art. 46 ust. 4a u.p.z.p.). W tym zakresie rozważania Sądu Apelacyjnego zasługują na aprobatę.

Przepis art. 82 ust. 2 u.p.z.p. stanowi, że ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Zgodnie zaś z art. 27 ust. 1 u.p.z.p., w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. A zatem art. 27 u.p.z.p. dotyczy sposobu przekazywania oświadczeń, zawiadomień i informacji składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czyli

porozumiewania się uczestników postępowania. Artykuł 27 u.p.z.p. jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 9 ust. 1, który wprowadza zasadę pisemności do postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle art. 27 u.p.z.p. należy stwierdzić, że zasada pisemności podlega ograniczonemu zastosowaniu w przypadku odmiennej woli zamawiającego. Jeżeli jednak zamawiający nie określi sposobu porozumiewania się, zawsze właściwą formą będzie forma pisemna. Również w sytuacji, w której zamawiający wprawdzie określi sposób porozumiewania się, wybierając formę inną niż pisemna, lecz zawiadomienia, wnioski lub informacje zostaną przekazane w formie pisemnej, nie można uznać wadliwości takiej czynności ze względu na regulację art. 27 ust. 3 u.p.z.p., w którym wyraźnie dopuszcza się zastosowanie tej formy, bez względu na inne okoliczności. Regulacje art. 27 u.p.z.p. znajdują zastosowanie do wszelkich oświadczeń, zawiadomień i informacji przekazywanych w toku postępowania, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Takim przepisem szczególnym jest art. 82 ust. 2, w którym wyraźnie wskazano, że ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej. Innymi słowy nie jest możliwe złożenie oferty w innej, wybranej przez zamawiającego, formie, niż pisemna. W takim bowiem przypadku działa – co wymaga podkreślenia – wyraźnie zastrzeżona przez ustawodawcę sankcja nieważności. Nie jest ona natomiast przewidziana przy przekazywaniu oświadczeń, zawiadomień i informacji składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Nie można jej domniemywać nawet wtedy, gdy dochodzi do przekazania oświadczenia, które stanowiło integralną część oferty, w celu jej uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 1 i 2 u.p.z.p. Sankcja nieważności w przypadku niezachowania formy pisemnej została bowiem zastrzeżona jedynie dla czynności prawnych wyraźnie w ustawie wskazanych. Do takich czynności należy niewątpliwie złożenie oferty (art. 82 ust. 2 p.z.p.). Dlatego twierdzenie, że art. 27 ust. 1 stanowi *lex specialis* wobec art. 82 ust. 2 u.p.z.p. nie jest zasadne.

Odmienne, wadliwe zapatrywanie Sądu Apelacyjnego nie miało jednak wpływu na ocenę zasadności roszczenia powoda w płaszczyźnie art. 46 ust. 4a u.p.z.p. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25

ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Podkreślenia wymaga, że zatrzymaniu podlega wadium wniesione w każdej z form przewidzianych w art. 45 ust. 6 u.p.z.p. W ocenie Sądu Najwyższego, przepis art. 46 ust. 4a, dodany ustawą nowelizującą z dnia 4 września 2008 r. (Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058), należy interpretować z uwzględnieniem reguł wykładni celowościowej. Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, gdy wykonawca nie składa wymaganych dokumentów lub oświadczeń, nie zaś w przypadku, gdy – jak w niniejszej sprawie – przekazuje informacje w niewłaściwej formie (faksem, zamiast w formie pisemnej), a po nieznacznym upływie wyznaczonego terminu doręczony zostaje oryginał dokumentu. O istnieniu ryzyka zmowy 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.

Reasumując, należy wskazać, że powódka, mimo uchybienia co do formy, skutecznie wykonała wezwanie zamawiającego i dostarczyła dokumenty potwierdzające kwalifikacje pracowników. Tym samym nie zostały spełnione przesłanki uzasadniające zatrzymanie wadium przez zamawiającego. Zatrzymując wadium zamawiający uzyskał nienależną korzyść i dlatego powódce przysługiwała ochrona prawna na podstawie art. 410 § 2 w zw. z art. 405 k.c.

Z tych względów skarga kasacyjna pozwanego podlegała oddaleniu jako niezasadna (art. 398¹⁴ § 1 k.p.c.).