



Sygn. akt II CSK 491/11

**WYROK  
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 11 maja 2012 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Kazimierz Zawada (przewodniczący)

SSN Anna Owczarek (sprawozdawca)

SSN Marta Romańska

w sprawie z powództwa A. J.

i R. M.

przeciwko Skarbowi Państwa - Sądowi Okręgowemu

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym

w Izbie Cywilnej w dniu 11 maja 2012 r.,

skargi kasacyjnej strony pozwanej

od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 30 marca 2011 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi  
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu  
Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.**

## Uzasadnienie

Powodowie A. J. i R. M. – wspólnicy spółki cywilnej, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane P. s.c. A. J. i R. M., wnieśli o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego kwoty 100.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 17 października 2009 r. tytułem zwrotu wadium zatrzymanego przez zamawiającego na skutek przyjęcia, że wykonawcy wezwani w toku postępowania przetargowego do złożenia dokumentów tego nie uczynili.

Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 15 grudnia 2010 r. uwzględnił powództwo i zasądził od pozwanego zwrot kosztów postępowania. Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 30 marca 2011 r. oddalił apelację pozwanego.

Ze zbieżnej podstawy faktycznej rozstrzygnięć wynika, że w dniu 7 lipca 2009 r. Sąd Okręgowy ogłosił przetarg nieograniczony na przebudowę i zmianę sposobu użytkowania budynku wraz z budynkiem gospodarczym położonego w G. przy ul. K. [...] na potrzeby Sądu Rejonowego na podstawie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Wartość szacunkowa zamówienia ustalona została poniżej kwot określonych w przepisach wykonawczych do art. 11 ust. 8 p.z.p. W dniu 30 lipca 2009 r. powodowie A. J. i R. M. – wspólnicy spółki cywilnej, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane P. s.c., i Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „C.” spółka z o. o. w S. zawarli umowę konsorcjum ze w celu wspólnego uczestnictwa w przetargu i złożenia wspólnej oferty na powyższe zamówienie. Spółka PBO „C.” udzieliła powodom pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum w zakresie przygotowania i złożenia oferty. Lider konsorcjum - spółka powodów - zobowiązał się dostarczyć wadium. Powodowie, działając w imieniu konsorcjum, złożyli ofertę wykonania zamówienia określonego w SIWZ i wpłacili wadium w kwocie 100.000 zł. W dniu 13 sierpnia 2009 r. pozwany wezwał konsorcjum do uzupełnienia złożonej oferty przetargowej poprzez przedłożenie oświadczenia o spełnianiu warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej także jako: p.z.p.) przez każdego z członków konsorcjum oraz przedłożenie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącego PBO „C.” spółki z o. o. w

zakresie art. 24.1.9. p.z.p. Pismo zawierało informację, że oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zostało złożone w imieniu konsorcjum, i wezwanie do uzupełnienia oświadczenia wykonawcy zgodnie z wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w terminie do dnia 18 sierpnia 2009 r. godz. 15.00 w siedzibie zamawiającego. Sądy ustaliły, że wezwanie powyższe zostało sformułowane w sposób niejasny i nieprecyzyjny, gdyż przepisano część sformułowań SIWZ, wskazano na brak różnych dokumentów, ale wezwano do przedłożenia jednego, „wskazanego powyżej” dokumentu. Pismo zostało dostarczone w dniu 13 sierpnia 2009 r. w godzinach popołudniowych, a powodowie zapoznali się z jego treścią w dniu 14 sierpnia 2009 r. (piątek) rano. Zdaniem Sądu odwoławczego budzi to wątpliwości co do możliwości sprostania obowiązkowi w wyznaczonym terminie. W dniu 17 sierpnia 2009 r. powodowie powtórnie złożyli, już znajdujące się w dokumentacji, zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego o niekaralności W. C. - Prezesa Zarządu Spółki PBO „C.”. Sąd ustalił, że powodowie i spółka w przeszłości uczestniczyli w postępowaniach przetargowych i zawsze składali taki dokument z Krajowego Rejestru Karnego poświadczający brak podstaw do wykluczenia z postępowania członka zarządu W. C., stąd powodowie byli przekonani, że składają właściwe dokumenty i prawidłowo uzupełniają braki. W dniu 20 sierpnia 2009 r. zamawiający powiadomił o wykluczeniu Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzuceniu oferty. Zamawiający wskazał, że mimo wezwania nie uzupełniono dokumentacji w zakresie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej Spółki PBO „C.” oraz oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu złożonych oddzielnie dla wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie, tj. w imieniu każdego z członków konsorcjum. W dniu 28 sierpnia 2009 r. zamawiający wezwał konsorcjum do udzielenia wyjaśnień dotyczących przyczyn nieprawidłowego wykonania. Tego samego dnia powodowie w imieniu konsorcjum złożyli oświadczenie wskazujące, że wypełniony załącznik nr 2 SIWZ został podpisany przez uprawnionych przedstawicieli konsorcjum i imieniu ich firm, zaś zamawiający w SIWZ nie żądał tego dokumentu w imieniu konsorcjum, lecz oddzielnie dla każdego z jego członków. Odnośnie informacji z KRK dla Spółki PBO „C.”

stwierdzili, że do oferty załączyli informacje z KRK wystawione na wszystkie osoby podpisujące ofertę wspólną, tj. na powodów i na W. C., jako upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji wymienionej spółki, a dostarczenie ponownie tego samego zaświadczenia spowodowane było brakiem pewności czy wcześniej zostało ono złożone. Pozwany powiadomił o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p..

Sąd Apelacyjny, odnosząc się do pominiętej przez Sąd I instancji kwestii dopuszczalności drogi sądowej wskazał, że zastosowanie mają przepisy Prawa zamówień publicznych w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778 ze zm.). Uznał, że od czynności w postaci zatrzymania wadium podjętej w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, wszczętym przed dniem 29 stycznia 2010 r. protest nie przysługiwał, a uczestnik postępowania mógł dochodzić swych praw przed sądem powszechnym. Sąd, odwołując się do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 r., V CSK 456/09, nie publ. stwierdził, że dopiero brzmienie art. 180 ust. 1 zmienionej ustawy pozwala na stwierdzenie, iż czynność zatrzymania wadium mieści się w kategorii czynności zaskarżalnych poprzez wniesienie odwołania, gdyż jest podejmowana w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wcześniej przepis enumeratywnie wymieniał czynności, w odniesieniu do których możliwe było wniesienie protestu. Także art. 179 ust. 1 p.z.p. odmiennie regulował interes prawny stanowiący podstawowy warunek skutecznego wniesienia środka prawnego przewidzianego w ustawie. Sąd podkreślił, że zatrzymanie wadium de facto wiąże się z rozliczeniem roszczeń odszkodowawczych o charakterze majątkowym i w tym zakresie przyjął brak kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej do orzekania. Zgodził się z pozwanym, że brak było podstaw do zastosowania w sprawie przepisów kodeksu cywilnego, które ponadto nie stanowiły „faktycznej” podstawy prawnej orzeczenia, a zaprezentowane zostały przez Sąd pierwszej instancji dla wzmocnienia stanowiska o bezpodstawności zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4 a p.z.p. Skoro przepisy prawa zamówień publicznych stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego (art. 14 p.z.p.), błędny był pogląd

Sądu Okręgowego, że poza sytuacją określoną w przepisie art. 70<sup>4</sup> § 2 k.c., brak możliwości zatrzymania wniesionego wadium. Sytuację zwrotu i zatrzymania wadium reguluje szczegółowo przepis art. 46 p.z.p., co nie wyklucza zastosowania przepisu art. 70<sup>4</sup> § 2 k.c., w przypadku gdyby regulacja ta okazała się niekompletna. Odwołując się do standardów wypracowanych w orzecznictwie KIO stwierdził, że zamawiający nie musi w SIWZ powtarzać bezwzględnie obowiązujących przepisów p.z.p. dotyczących form wnoszonego wadium czy okoliczności jego zwrotu i przepadku. Sąd wskazał ponadto iż, zgodnie z utrwalonymi poglądami orzecznictwa i doktryny, oświadczenie z art. 22 ust. 1 p.z.p. winno być złożone jedynie przez lidera konsorcjum, działającego w imieniu podmiotów.

Omawiając podstawę zatrzymania wadium stwierdził, że art. 46 ust. 4a p.z.p. wszedł w życie w dniu 24 października 2008 r. na podstawie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Przepis ten umożliwia uczestnikom postępowanie obronę przed nieprawidłowym zatrzymaniem wadium poprzez wykazanie, że nie złożenie dokumentów lub oświadczeń wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie. Wbrew zarzutom apelującego, sformułowanie „z przyczyn nieleżących po jego stronie” interpretować można z uwzględnieniem „złej woli” czy „umyślności” działania oferenta. Literalne odczytanie treści przepisu art. 46 ust. 4a p.z.p. doprowadziło Sąd do wniosku, że niezłożenie wymaganych dokumentów z przyczyn nieleżących po stronie oferenta nastąpić ma w odpowiedzi na wezwanie. Oznacza to, że przedmiotem badania nie powinno być czy uczestnik postępowania - podmiot profesjonalnie zajmujący się działalnością gospodarczą oraz uczestniczący w przetargach mógł złożyć prawidłową pod względem formalnym ofertę w dacie jej pierwotnego złożenia, ale czy mógł to uczynić w odpowiedzi na wezwanie. Uwzględniając niejasność wezwania i wątpliwości co do sprostania obowiązku w wyznaczonym terminie uznał, iż powodowie nie mogli tego uczynić. Podzielił również stanowisko, że przepis został wprowadzony dla zapobieżenia zmowie uczestników przetargu, a w okolicznościach sprawy brak podstaw do jej przyjęcia i przypisania umyślnego zamiaru przedłużania procedury przetargowej.

Sąd Apelacyjny uznał, że wniesione przez powodów i bezpodstawnie zatrzymane przez pozwanego wadium podlega zwrotowi jako świadczenie nienależne w rozumieniu art. 410 § 2 k.c..

Pozwany, zastąpiony przez Prokuratorię Generalną, wywiódł od powyższego wyroku skargę kasacyjną opartą na obu podstawach. W ramach naruszenia przepisów postępowania zarzucił naruszenie art. 386 art. 3 k.p.c. w zw. z art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c. poprzez zaniechanie uchylecia wyroku pierwszej instancji i odrzucenia pozwu mimo niedopuszczalności drogi sądowej w sprawie. W ramach naruszenia przepisów prawa materialnego zarzucił uchybienie art. 46 ust. 4a prawa zamówień publicznych przez błędną wykładnię wyrażającą się przyjęciem, iż wyłącznym przypadkiem objętym hipotezą przepisu jest sytuacja, w której wykonawca celowo składa ofertę bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń by następnie po zapoznaniu z ofertami konkurentów wycofywać się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; oraz niewłaściwe zastosowanie wyrażające się w przyjęciu, iż złożenie nieprawidłowego dokumentu przez uczestnika profesjonalnie zajmującego się usługami danego rodzaju stanowi nie złożenie dokumentów z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy; art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. przez jego niezastosowanie polegające na pominięciu zawodowego charakteru prowadzonej przez powodów działalności; § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), przez pominięcie przy orzekaniu faktu, iż przepis ten ma charakter powszechnie obowiązujący.

W konkluzji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego z dnia 15 grudnia 2010 r. i odrzucenie pozwu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości.

Powodowie wnieśli o oddalenie skargi i zasądzenie zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył:

1. W pierwszej kolejności odnieść się należy do podstawy naruszenia prawa procesowego, gdyż uwzględnienie powołanego zarzutu prowadziłoby do

stwierdzenia nieważności postępowania i tym samym czyniło zbędną ocenę zarzutów dotyczących naruszeń prawa materialnego.

Skarżący prezentuje w tym przedmiocie pogląd, że w sprawach o zwrot wadium nie przysługuje droga powództwa cywilnego bez wyczerpania trybu wynikającego z prawa zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym przed dniem 29 stycznia 2010 r., gdyż decyzja zamawiającego o zatrzymaniu wadium jest wydana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i wiąże się z czynnością odrzucenia oferty lub wykluczenia z postępowania. Wskazuje, że niezbędne jest wyrażenie stanowiska co do tego, czy mają zastosowanie „zasady wykładni” art. 46 ust. 4a w zw. z art. 180 ust. 1 p.z.p., wynikające z postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 r., V CSK 456/09, nie publ. Odnosząc się bezpośrednio do powyższego stwierdzenia zauważyć trzeba, że wymienione postanowienie wydane zostało w związku z odmową przyjęcia skargi kasacyjnej, a jego motywy nie koncentrują się na wykładni przepisów relewantnych dla obecnego rozstrzygnięcia, tylko późniejszych, oraz na wyjaśnieniu, że to zmiana stanu prawnego stanowiła przyczynę uznania przez Sąd Najwyższy, że nie występowało istotne zagadnienie prawne w rozumieniu art. 398<sup>9</sup> § 1 pkt 1 k.p.c. Z uzasadnienia rozpoznawanej obecnie skargi zdaje się wynikać, że pozwany opowiada się za czasową niedopuszczalnością drogi sądowej, której otwarcie miałyby nastąpić dopiero po wyczerpaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 i nast. prawa zamówień publicznych. Wskazuje przy tym, że istotą sporu, jego zdaniem, jest nie tyle fakt zatrzymania wadium ile „główne czynności, tj. odrzucenie oferty lub wykluczenie z postępowania”.

Zajęcie stanowiska w tym przedmiocie wymaga przypomnienia, że niedopuszczalność drogi sądowej zachodzi wówczas, gdy sprawa ze względu na osobę lub przedmiot postępowania nie podlega orzecznictwu sądów powszechnych. Ten stan wynikać może z braku podstaw do przyjęcia drogi sądowej na skutek nie posiadania przez sprawę charakteru sprawy cywilnej ze swojej istoty (natury) lub, mimo posiadania takiego charakteru, z przekazania jej przez przepis szczególny do kompetencji innego organu, postępowanie przed którym może doprowadzić w dalszej kolejności do rozpoznania sprawy przez sąd (powszechny lub administracyjny). Czasowa niedopuszczalność drogi sądowej ma

miejsce wtedy, gdy dana sprawa cywilna może być rozpoznana przez sąd powszechny, ale dopiero po uprzednim przeprowadzeniu co do niej postępowania przed innym organem. Takie postępowania, określane jako prejudykacyjne, różniąc się formą i trybem, zrównane są co do skutku polegającego na dopuszczalności zwrócenia się do sądu dopiero po ich wyczerpaniu. Podstawa wskazanego ograniczenia drogi sądowej powinna wynikać z przepisu prawa lub umowy stron.

Z uwagi na wskazane stanowisko skarżącego, podkreślić należy, że przeprowadzenie postępowania w reżimie prawa zamówień publicznych mogło dotyczyć różnych czynności zamawiającego, tj. zatrzymania wadium z odsetkami z przyczyny niedostarczenia właściwych dokumentów dotyczących skazania urzędującego członka organu zarządzającego lub orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienia przez podmiot zbiorowy (art. 46 ust. 4a p.z.p.), wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia z tychże przyczyn (art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9 p.z.p.), odrzucenia oferty z powodu naruszeń przepisów (art. 89 p.z.p.). Czynności te mogą pozostawać ze sobą w funkcjonalnym związku. Kolejnej odpowiedzi wymaga pytanie czy powodowie jako wykonawcy ubiegający się o zamówienie, wobec których podjęto dwie pierwsze czynności i którzy mogą kwestionować czynność trzecią, musieli wyczerpać środki ochrony prawnej na podstawie p.z.p. co do wszystkich, czy też mogli poprzestać na jednej z nich oraz czy dopuszczalne było wystąpienie na drogę sądową wprost z żądaniem zwrotu zatrzymanego wadium. Dla porządku jedynie wskazać należy, że w relewantrym stanie prawnym środki przewidziane w p.z.p. obejmowały kolejno (1) postępowanie na skutek protestu rozstrzygane przez zamawiającego, (2) postępowanie na skutek odwołania od rozstrzygnięcia protestu prowadzone przez Krajową Izbę Odwoławczą, do którego odpowiednio stosowano przepisy k.p.c. o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowiła inaczej, (3) postępowanie sądowe na skutek skargi na orzeczenie KIO, do którego odpowiednio stosowano przepisy k.p.c. o apelacji. Co do pierwszej z tych kwestii wskazać należy, że korzystanie ze środków ochrony prawnej co do zasady było uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego, ponadto brak przepisu, który nakazywałby łączne ich wnoszenie. Płaszczyzna ustaleń faktycznych i ocen prawnych stanowiących podstawę czynności, podejmowanych wobec wykonawcy, i odpowiednio



rozstrzygania w postępowaniach toczących się na podstawie p.z.p. byłaby odmienna. Nie można nie zauważyć, że w każdej z tych spraw różnie kształtowałyby się interes majątkowy wykonawcy oraz że wykonawca nie kwestionujący wykluczenia bądź odrzucenia oferty może być zainteresowany tylko odzyskaniem wadium, co jest realne przy wykazaniu „nie leżących po jego stronie” przyczyn uchybień, które legły u podstaw nie złożenia właściwych dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. Zatrzymanie wadium mogło ponadto nastąpić w toku postępowania o zamówienie, bądź po zawarciu umowy w następstwie wyboru innej oferty, a w tym drugim wypadku jej wzruszenie byłoby niemożliwe.

Z okoliczności sprawy wynika, że pozwany złożył oświadczenie o zatrzymaniu wadium przed zawarciem umowy, powodowie nie wnieśli protestów kwestionujących którąkolwiek ze wskazanych czynności. W obowiązującym stanie prawnym przepis art.180 ust. 1 dopuszczał wniesienie protestu „wobec czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu”. Wbrew pogładowi Sądu Apelacyjnego pojęcie to jest tak szerokie, że obejmuje również zatrzymanie wadium. Stanowisko to znajduje oparcie również w treści art. 179 ust. 1 p.z.p., stanowiącego że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał, lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Niemniej negatywne rozstrzygnięcie w przedmiocie takiego protestu nie otwierałoby powodom możliwości kontynuowania postępowania w reżimie p.z.p. Art. 184 ust. 1a p.z.p. dopuszczał bowiem wniesienie odwołania w postępowaniu o wartości szacunkowej zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wykonawczych do art. 11 ust. 8 p.z.p. tylko w enumeratywnie wymienionych sprawach. Opowiedzenie się za koniecznością przeprowadzenia postępowań przewidzianych w p.z.p. oznaczałoby w konsekwencji, wobec niemożności wydania wyroku przez KIO i wniesienia skargi, pozbawienie konstytucyjnego prawa do sądu. Z niewielkiej liczby judykatów dotyczących zatrzymania wadium, ponadto wydawanych w różnych stanach prawnych, czasami niemożliwych do ustalenia w braku wskazania dat zdarzeń i czynności prawnych, wynika że sądy powszechne orzekały zarówno w sprawach, w których nie wniesiono protestu, wniesiono protest ale nie odwołanie, wniesiono kolejno protest i odwołanie, albo protest, odwołanie

i skargę. Orzeczenia te na ogół koncentrowały się na charakterze wadium i podstawie prawnej roszczenia o jego zwrot w wypadku zatrzymania. Prezentowany jest, oparty na wypowiedziach przedstawicieli nauk prawnych, pogląd że, co do zasady, wadium ma charakter zabezpieczający i kompensacyjny, ale jego zatrzymanie powoduje przekształcenie dotychczasowej funkcji w sankcyjną. Przeważa zapatrywanie, że zatrzymanie wadium, jakkolwiek związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jest czynnością o samodzielnym charakterze i wynikające stąd roszczenia mogą być dochodzone w drodze sądowej. Stanowisko opowiadające się za dopuszczalnością tej drogi zawarto w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, nie publ. (wydanym na skutek wniesienia powództwa po oddaleniu protestu odnoszącego się tylko do zatrzymania wadium).

Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym przedstawioną skargę, odwołując się do przytoczonych argumentów i dzieląc je uznaje, że w relewantrym stanie prawnym dopuszczalna była droga sądowa o zwrot zatrzymanego wadium wprost, bez potrzeby wykorzystywania środków ochrony prawnej przewidzianych w p.z.p. Środki te stanowią jeden z rodzajów postępowań przedsądowych, ale w sprawach o zwrot bezpodstawnie zatrzymanego świadczenia - fakultatywnym. Konsekwentnie ich niewyczerpanie nie może być kwalifikowane jako bezwzględna ujemna przesłanka procesowa i zarzuty naruszenia art. 386 art. 3 k.p.c. w zw. z art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c. są bezzasadne.

2. Niepodniesienie innych zarzutów z zakresu podstawy naruszenia prawa procesowego oznacza, że Sąd Najwyższy związany jest podstawą faktyczną zaskarżonego rozstrzygnięcia. Dotyczy ona ustalenia treści wezwania do uzupełnienia wad dokumentów załączonych do oferty i jego oceny jako niejasnego i nieprecyzyjnego oraz niemożności uczynienia mu zadość w określonym terminie.

3. Bezpodstawne jest wskazanie na naruszenie § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), gdyż w datach istotnych dla subsumcji nie obowiązywał ten akt wykonawczy, a rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie

rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605).

4. Częściowo trafne są zarzuty skargi dotyczące wykładni art. 46 ust. 4a p.z.p., w szczególności przypisanie nadmiernego znaczenia ratio legis, z ograniczeniem do uzasadnienia projektu ustawy. Instrumentarium prawnicze uzasadniające wykładnię ścieśniającą jest bowiem szersze, możliwości w tym zakresie wynikały chociażby z dyrektyw wykładni dotyczących regulacji wyjątkowych o restrykcyjnym charakterze (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, nie publ.) i wskazywane są w licznych publikacjach prawniczych dotyczących tego zagadnienia. Niemniej Sąd Apelacyjny, wbrew temu co twierdzi skarżący, nie przyjął, że hipotezą przepisu objęte jest wyłącznie celowe składanie ofert bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń dla wycofania się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyczyną odmowy zastosowania wymienionego przepisu jako podstawy zatrzymania wadium nie była ponadto zarzucana wadliwa interpretacja przepisu, tylko stwierdzenie wykazania przez wykonawców przesłanki egzoneracyjnej („przyczyn nie leżących po stronie”). Zgodzić się jednak należy z zarzutami skargi w tej części, w której pozwany podnosi, że ocena wskazanej przesłanki powinna uwzględniać doświadczenie i profesjonalny charakter działalności prowadzonej przez podmioty zgłaszające ofertę (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.), a w jej braku zasadne są zastrzeżenia do prawidłowości subsumcji. W szczególności niewystarczające było odwołanie do wcześniejszej wadliwej praktyki powodów wykazywania spełnienia wymogów wynikających z przepisów prawa i SIWZ takimi samymi dokumentami w innych postępowaniach przetargowych.

Istotną okolicznością, pominiętą przez sąd odwoławczy, jest kwestia legitymacji czynnej w sprawie o zwrot zatrzymanego wadium. W orzecznictwie sądowym prezentowany jest pogląd, że porozumienie konsorcyjne nie wygasa z chwilą prawomocnego wykluczenia wykonawców z postępowania oraz że wspólnicy tworzący konsorcjum mają legitymację grupową łączną zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym co do środków ochrony prawnej, jak i w postępowaniu sądowym o zwrot wadium (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 r., III CZP 25/10, nie publ., wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 października

2011 r., V CSK 475/10, nie publ.). Oparty jest on na ocenie systemowego ukształtowania wspólnego udziału wykonawców w obu tych postępowaniach i przyjęciu, że nie pojedynczy wspólnicy a wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tworzący konsorcjum (spółkę cywilną) stanowią łącznie właściwy podmiot praw i obowiązków (art. 2 ust. 1 pkt 2 p.z.p.). Okoliczność której ze współników i jakich środków opłacił wadium pozbawiona jest znaczenia prawnego.

5. Zgodnie z art. 14 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Relacja powyższa odpowiada stosunkowi *lex generalis - lex specialis*. Za stosowaniem przepisów kodeksu cywilnego (art. 70<sup>4</sup> § 2 zd. 3 k.c. co do zapłaty podwójnego wadium na skutek uchylenia się zamawiającego od zawarcia umowy) opowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 kwietnia 2010 r., V CSK 321/09, nie publ. Z kolei w wyroku z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 448/10, nie publ. stwierdzono, że między zamawiającym a składającym ofertę zawiązuje się porozumienie, stanowiące szczególnego rodzaju stosunek prawny, który można określić jako umowę przetargową, a skoro p.z.p. jest ustawą szczególną wobec kodeksu cywilnego podstawą prawną roszczeń dotyczących wadium (tu: w sprawie z powództwa zamawiającego) mogą być przepisy k.c.

Właściwą podstawą prawną roszczenia o zwrot bezpodstawnie zatrzymanego przez zamawiającego wadium jest przepis art. 410 § 2 k.c. regulujący kwestię zwrotu nienależnego świadczenia – tu takiego, którego podstawa prawna nie została urzeczywistniona (*kondykcja ob causa datorum*). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, nie publ. wyraził pogląd, że roszczenie o zwrot zatrzymanego wadium wynika z art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c.

Naruszenie art. 46 ust. 4a prawa zamówień publicznych, art. 355 § 2 k.c. w w. z art. 14 prawa zamówień publicznych uzasadnia podstawę kasacyjną określoną art. 398<sup>3</sup> § 1 pkt 1 k.p.c. w stopniu skutkującym koniecznością wydania orzeczenia kasatoryjnego (art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c.). O kosztach postępowania przed Sądem Najwyższym orzeczono w oparciu o art. 108 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 i art. 398<sup>21</sup> k.p.c.

