



Sygn. akt I CSK 444/12

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 marca 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Krzysztof Pietrzykowski (przewodniczący)

SSN Irena Gromska-Szuster (sprawozdawca)

SSN Agnieszka Piotrowska

w sprawie z powództwa B. A. S.A. w S.
przeciwko Skarbowi Państwa - Komendantowi Głównemu Policji w W.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym
w Izbie Cywilnej w dniu 14 marca 2013 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej
od wyroku Sądu Apelacyjnego [...] z dnia 14 grudnia 2011 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o
kosztach postępowania kasacyjnego.**

Uzasadnienie

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 14 grudnia 2011 r. Sąd Apelacyjny oddalił apelację powodowej Spółki Akcyjnej B. od wyroku Sądu pierwszej instancji oddalającego powództwo przeciwko Skarbowi Państwa- Komendantowi Głównemu Policji w W. o zasądzenie kwoty 77 000 zł. tytułem zwrotu wadium.

Sądy ustaliły między innymi, że strona pozwana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakup amunicji zamieściła w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) obowiązek złożenia przez uczestników postępowania wraz z ofertą zaświadczenia o niezaleganiu, zwolnieniu, odroczeniu płatności lub rozłożeniu na raty zaległych płatności z tytułu podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, który określiła na dzień 6 kwietnia 2009 r.

Strona powodowa złożyła w dniu 3 kwietnia 2009 r. ofertę oraz wpłaciła wadium w wysokości 77 000 zł., a wraz z ofertą złożyła zaświadczenie wydane w dniu 19 stycznia 2009 r. przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych stwierdzające, że na dzień 27 grudnia 2005 r. strona powodowa posiada zadłużenie z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, które to zaległości były objęte postępowaniem restrukturyzacyjnym na podstawie ustawy z dnia 30 października 2002 r. o pomocy publicznej dla przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu dla rynku pracy. Taka treść zaświadczenia wynikała z faktu, że toczyło się postępowanie odwoławcze wywołane złożeniem przez stronę powodową odwołania od decyzji ZUS z dnia 27 grudnia 2005 r. odmawiającej wydania powodowi zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami. ZUS odmówił wydania powodowi takiego zaświadczenia, gdyż uważał, że istnieje zadłużenie powoda z tytułu nieprzejętych przez operatora w trybie powyższej ustawy, odsetek za okres od dnia 1 lipca 2003 r. do dnia 5 października 2004 r.

Strona pozwana pismem z dnia 14 kwietnia 2009 r., powołując się na art. 26 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz. U.

z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm. – dalej: „p.z.p.”) i żądając dokumentów określonych w SIWZ, w tym aktualnego zaświadczenia ZUS, wezwała stronę powodową do złożenia zaświadczenia ZUS wskazującego, że powódka uzyskała zwolnienie, odroczenie płatności lub rozłożenie na raty zaległych płatności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji.

W odpowiedzi na to strona powodowa pismem z dnia 15 kwietnia 2009 r. stwierdziła, że nie posiada zaległości wobec ZUS. Wyjaśniła, że toczy się spór sądowy wywołany wniesieniem przez nią odwołania od decyzji ZUS z dnia 27 grudnia 2005 r. odmawiającej wydania zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami i Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 23 stycznia 2009 r. I UK 2005/08 uchylił niekorzystny dla niej wyrok Sądu Apelacyjnego i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania zajmując stanowisko, że nie istnieją zaległości powódki wobec ZUS, gdyż zgodnie z art. 32a ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 32f ust. 2 ustawy o pomocy publicznej dla przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu dla rynku pracy, odsetki za zwłokę, które dzielą los zobowiązania głównego, zostały przejęte przez operatora a następnie umorzone wraz z zobowiązaniem głównym, natomiast od dnia wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego do dnia jego zakończenia na stronie powodowej nie ciążył obowiązek wykonania zobowiązań publicznoprawnych wobec ZUS, a zatem odsetki za ten okres nie powstały. Do powyższego pisma strona powodowa załączyła wskazany w nim wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2009 r. I UK 2005/08.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2009 r. powiadomiono powódkę, że została wykluczona z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup amunicji a ofertę jej odrzucono, bowiem wyjaśnienia przesłane na wezwanie wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 p.z.p. nie mogły być uznane za dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Strona powodowa wniosła protest stwierdzając, że złożyła zaświadczenie, iż jej zaległości składkowe podlegały restrukturyzacji, wobec czego nie istnieją. Protest ten został oddalony w dniu 16 maja 2009 r. z powodu nie wykazania interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia zgodnie z art. 179 ust. 1 p z p.

Stwierdzono, że w swojej ofercie powódka nie przedstawiła zaświadczenia lub postanowienia o tym, że uzyskała zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu o zadłużeniu z tytułu składek.

W dniu 2 czerwca 2009 r. strona pozwana zwróciła się do powódki o przedstawienie do dnia 4 czerwca 2009 r. dowodów potwierdzających, że uzupełnienie wymaganego dokumentu w wyznaczonym terminie było niemożliwe z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy i zawiadomiła, że nie przedstawienie tych dowodów skutkować będzie zatrzymaniem wadium.

Pismem z dnia 3 czerwca 2009 r. strona powodowa wyjaśniła, że w złożonym przez nią zaświadczeniu ZUS nie stwierdził istnienia bieżących zaległości, natomiast w przedmiocie wskazanych przez niego zaległości odsetkowych toczy się postępowanie, w którym Sąd Apelacyjny, po uchyleniu jego poprzedniego wyroku przez Sąd Najwyższy, nie wydał jeszcze orzeczenia.

Pismem z dnia 16 czerwca 2009 r. strona pozwana poinformowała, że zatrzymała wadium, ponieważ powódka zawiadomiła jedynie o toczącym się postępowaniu, co nie stanowiło dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu a wyjaśnienie, że nie było możliwe złożenie żądanego zaświadczenia wobec toczącego się postępowania świadczy o tym, iż powódka przystępując do postępowania była świadoma tego, że na dzień składania ofert posiada zaległości wobec ZUS.

W dniu 3 lipca 2009 r. strona powodowa złożyła stronie pozwanej zaświadczenie ZUS, że według stanu na dzień 16 kwietnia 2004 r. nie posiadała zaległości z tytułu składek oraz zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek na dzień 8 czerwca 2009 r. i wezwała do zwrotu wadium, czemu strona pozwana odmówiła powołując się na art. 46 ust. 4a p.z.p.

Wyrokiem z dnia 30 września 2009 r. Sąd Apelacyjny Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w K. zmienił zaskarżony wyrok oraz poprzedzającą go decyzję organu rentowego i zobowiązał ZUS do wydania zaświadczenia o niezaleganiu powódki ze składkami na dzień 27 grudnia 2005 r.

Sąd Apelacyjny przyjmując za własne ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji i podziеляjąc jego ocenę prawną stwierdził, że powódka składając ofertę nie spełniła zawartego w SIWZ warunku złożenia zaświadczenia wydanego nie wcześniej niż dnia 6 stycznia 2009 r. o niezaleganiu z płatnościami publicznoprawnymi, gdyż nie posiadała i nie złożyła takiego dokumentu a kwestia niezalegania z tymi opłatami była sporna i toczyło się w tym przedmiocie postępowanie sądowe. Powódka swoją ofertę złożyła w dniu 3 kwietnia 2009 r., a wyrok Sądu Najwyższego uchylający wyrok Sądu Apelacyjnego i przekazujący sprawę do ponownego rozpoznania został wydany znacznie później, a zatem powódka składając ofertę, zdaniem Sądu Apelacyjnego, zdawała sobie sprawę z tego, że nie dysponuje dokumentem zaświadcującym o niezaleganiu ze składkami oraz że nie zdoła uzupełnić tego braku w terminie zakreślonym w SIWZ albo w terminie wyznaczonym przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów przetargowych w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. Powódka nie mogła również wykazać, że nie złożyła przedmiotowego zaświadczenia z przyczyn nieleżących po jej stronie, bowiem przystąpiła do przetargu będąc świadoma, że nie jest w stanie sprostać jego wymaganiom w zakresie niezbędnych dokumentów, przez co świadomie naraziła się na ryzyko utraty wadium. Sąd Apelacyjny stwierdził również, iż nawet zaświadczenie złożone w dniu 3 lipca 2009 r. dotyczy stanu na dzień 16 kwietnia 2009 r., a więc po dacie, do której należało składać oferty i na którą należało wykazać brak zaległości składkowych.

W ocenie Sadu Apelacyjnego, wykazanie, że wykonawca nie złożył określonych w SIWZ dokumentów z przyczyn nieleżących po jego stronie zakłada, że dokumenty takie posiadał, a istniały obiektywne przeszkody uniemożliwiające ich złożenie. Nie chodzi zatem o wykazanie lub uprawdopodobnienie, że nie posiadał się zaległości publicznoprawnych lecz o przedstawienie dokumentów o braku takich zaległości. Przeciwna wykładnia prowadziłaby do tego, że do przetargu bez żadnych konsekwencji mogłyby przystępować podmioty w bliżej nieokreślonej przyszłości, po zakończeniu stosownych postępowań mogłyby przedstawiać wymagane dokumenty i żądać zwrotu kaucji.

W konsekwencji Sąd Apelacyjny uznał, że wadium nie podlega zwrotowi, zgodnie z art. 46 ust. 4a p.z.p.

W skardze kasacyjnej opartej na obu podstawach strona powodowa w ramach pierwszej podstawy zarzuciła naruszenie art. 46 ust.4a w zw. z art. 25 ust. 1 p.z.p. przez błędną wykładnię oraz art. 405 k.c. w zw. z art. 46 ust. 4a p.z.p. przez ich niezastosowanie, mimo udowodnienia, że nie przedłożenie we właściwym czasie zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami ZUS nastąpiło z przyczyn nieleżących po stronie powódki.

W ramach drugiej podstawy zarzuciła naruszenie art. 328 § 2 w zw. z art. 378 § 1 k.p.c. przez nie odniesienie się Sądu Apelacyjnego do zarzutów apelacji oraz art. 386 § 1 k.p.c. przez bezpodstawne nie uwzględnienie apelacji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Na wstępie należy stwierdzić, że w sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w wersji obowiązującej po nowelizacji, która weszła w życie z dniem 24 października 2008 r. a przed nowelizacją, która weszła w życie z dniem 22 grudnia 2009 r.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 p.z.p. zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Natomiast zgodnie z art. 26 ust. 3 p.z.p. w wypadku, gdy wykonawca w ofercie nie złożył wymaganych przez zamawiającego dokumentów lub oświadczeń, zamawiający wzywa wykonawcę do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Jednym z warunków wykluczenia jest nie wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt. 4 i ust. 4 p.z.p.). W świetle art. 46 ust. 2 p.z.p. zamawiający ma obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium na wniosek wykonawcy między innymi w sytuacji, gdy został on wykluczony z postępowania bądź jego oferta została odrzucona, natomiast skutkiem niewykonania wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p. jest zatrzymanie przez zamawiającego wadium wraz z odsetkami, chyba że wykonawca udowodni, iż wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie (art. 46 ust. 4a). Zatrzymanie wadium stanowi zatem pochodną wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów lub oświadczeń, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., a zatem istotne znaczenie ma prawidłowość tego wezwania.

W świetle art. 26 ust. 3 p.z.p. zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów, jeżeli złożona w ofercie dokumentacja nie potwierdza spełnienia warunków przetargu albo dokumenty w ogóle nie zostały złożone, lub zawierają błędy, ale brak ten lub uchybienia mogą zostać uzupełnione. Jeżeli natomiast dokumentacja ta wskazuje, że wykonawca nie spełnia warunków przetargu w sposób nieusuwalny, to wówczas brak podstaw do wszczęcia procedury naprawczej i wykonawca powinien zostać wykluczony zaś wadium zwrócone, zgodnie z art. 46 ust. 2 pkt. 2 p.z.p.

Rozważenia zatem w pierwszej kolejności wymagało, czy strona pozwana miała podstawy określone w art. 26 ust. 3 p.z.p. do wezwania powoda do uzupełnienia dokumentów przez złożenie zaświadczenia o niezaleganiu ze świadczeniami publicznoprawnymi na określony dzień, skoro strona powodowa złożyła zaświadczenie ZUS, z którego wynikało, że ZUS uważa, iż istnieją zaległości z tytułu odsetek, a zatem w istocie złożyła dokument, z którego wynikało, że nie spełnia warunków do wzięcia udziału w przetargu. W tej sytuacji nie byłoby podstaw do wdrażania procedury naprawczej przewidzianej w art. 26 ust. 3 p.z.p., natomiast istniałyby podstawy do wykluczenia z przetargu i zwrotu wadium. Kwestia ta nie była jednak przedmiotem rozważań ani oceny Sądów, choć ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Wszczęcie przez stronę pozwaną procedury naprawczej wskazuje, że uznała ona dokumenty złożone przez stronę powodową wraz z ofertą za niepełne i dające się uzupełnić, co mogło być uzasadnione treścią ostatniego zdania zamieszczonego w zaświadczeniu ZUS z dnia 19 stycznia 2009 r., z którego wynikało, że zaległości składkowe strony powodowej objęte są postępowaniem restrukturyzacyjnym. Postępowanie to mogło doprowadzić do ich umorzenia, co nie zostało jednak wyjaśnione w piśmie ZUS. Wezwanie strony powodowej do wyjaśnienia tej kwestii w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. można w tych okolicznościach uznać za uzasadnione.

Jednak nawet jeżeli wszczęcie tej procedury było zasadne, to i tak nie było podstaw do zatrzymania wadium w oparciu o art. 46 ust. 4a p.z.p., gdyż przepis ten przewiduje zatrzymanie wadium tylko wtedy, gdy wykonawca w odpowiedzi na

wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył w ogóle żadnych dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust.1 ani wyjaśnień. Jak jednolicie przyjmuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „KIO”), jeżeli w wyniku wezwania wysłanego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. wykonawca złożył dokumenty, oświadczenia lub wyjaśnienia, to nawet jeżeli zamawiający uznał je za niewystarczające, brak podstaw przewidzianych w art. 46 ust. 4a do zatrzymania wadium (porównaj między innymi wyroki KIO z dnia 26 stycznia 2010 r. KIO/UZP 1749/09, z dnia 31 marca 2010 r. KIO/UZP 309/10 i z dnia 20 października 2010 r. 2190/10).

Taką wykładnię art. 46 ust. 4a p.z.p. potwierdził również Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 20 sierpnia 2012 r. II CSK 448/12 i z dnia 22 listopada 2012 r. II CSK 448/12 (niepubl.) stwierdzając, że przepis ten, o charakterze bezwzględnie obowiązującym musi być wykładany ściśle. Wprowadzony on został celem ograniczenia zmów przetargowych polegających na porozumieniu wykonawców prowadzącym do udzielenia zamówienia temu, kto zaoferuje najwyższą cenę. Wykonawcy mogli celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń i po zapoznaniu się z ofertami, wycofać się z postępowania przetargowego bez żadnych konsekwencji. Przepis ten ma zastosowanie do takich sytuacji i chodzi w nim o brak fizyczny dokumentu lub oświadczenia, natomiast nie ma on zastosowania, jeżeli zostanie złożony dokument lub oświadczenie, także takie, które nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym. Zatrzymanie wadium może nastąpić jedynie wówczas, gdy niezłożenie dokumentów lub oświadczeń było zawinione przez wykonawcę, przy czym konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niezastosowaniu się do wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego stwarzałoby pole do nadużyć ze strony zamawiającego, prowadzących do wykorzystania instytucji wadium jako sposobu nienależnego przysporzenia.

Bezsporne jest, że strona powodowa na wezwanie wysłane w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. złożyła w terminie wyjaśnienia. To że strona pozwana uznała je za

niewystarczające, nie uzasadniało zastosowania art. 46 ust. 4a i zatrzymania wadium.

Należy też podkreślić, że zgodnie z art. 46 ust. 4a p.z.p., zatrzymanie wadium jest niedopuszczalne także wtedy, gdy wykonawca wykaże, że nie złożenie przez niego dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., a więc wymaganych przez SIWZ, wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Nie ulega wątpliwości, że strona powodowa wykazała w złożonych na wezwanie strony powodowej wyjaśnieniach, iż nie mogła złożyć zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami ZUS z przyczyn nieleżących po jej stronie. Wbrew stanowisku Sądu Apelacyjnemu strona powodowa już w chwili składania oferty w dniu 3 kwietnia 2009 r. i załączonego do niej zaświadczenia ZUS z 19 stycznia 2009 r., dysponowała wyrokiem Sądu Najwyższego wydanym w sprawie jej sporu z ZUS, gdyż wyrok ten zapadł w dniu 23 stycznia 2009 r., a więc ponad dwa miesiące przed złożeniem przez nią oferty, a nie po jej złożeniu, jak bezpodstawnie przyjął Sąd Apelacyjny. Strona powodowa wiedziała zatem w chwili składania oferty, że w świetle jednoznacznego stanowiska Sądu Najwyższego zajętego w tym wyroku, nie posiada zaległości ani w składkach ZUS ani odsetkach, jednak ponieważ nie zapadł jeszcze wyrok Sądu Apelacyjnego w tej kwestii, nie miała możliwości złożenia stosownego zaświadczenia, gdyż ZUS, mimo stanowiska Sądu Najwyższego, wiążącego w toczącej się sprawie sądowej między ZUS a powodem o wydanie takiego zaświadczenia, nadal odmawiał jego wydania. Niewątpliwie zatem niezłożenie przez stronę powodową dokumentów wymaganych w postępowaniu przetargowym wynikało z przyczyn nie leżących po jej stronie, a więc nie było w podstaw do zatrzymania wadium także i z tej przyczyny określonej w art. 46 ust. 4a p.z.p.

Z uwagi na to, że uzasadnione okazały się zarzuty kasacyjne naruszenia omówionych wyżej przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁵ k.p.c. uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia

o kosztach postępowania kasacyjnego (art. 108 § 2 w zw. z art. 391 § 1 i art. 398²¹ k.p.c.).