

Sygn. akt IV CSK 115/14

POSTANOWIENIE

Dnia 27 listopada 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jan Górowski (przewodniczący)

SSN Józef Frąckowiak (sprawozdawca)

SSA Elżbieta Fijałkowska

w sprawie z powództwa E. B. "E." Spółki Akcyjnej w W. (poprzednio
Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych "I." Spółki Akcyjnej w O.), A. B. i
Przedsiębiorstwa Geologicznego P. Spółki Akcyjnej
w W.

przeciwko Gminie O.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym
w Izbie Cywilnej w dniu 27 listopada 2014 r.,
skargi kasacyjnej powodów
od postanowienia Sądu Apelacyjnego
z dnia 3 października 2013 r.,

oddala skargę kasacyjną.

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 28 maja 2013 r. Sąd Okręgowy w O., na mocy art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c., odrzucił pozew w sprawie z powództwa Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „I.” S.A. w O. (obecnie E. B. E. SA W., Przedsiębiorstwa Geologicznego „P.” S.A. w W. i A. B. przeciwko Gminie O. o zapłatę. Z kolei postanowieniem z dnia 3 października 2013 r. Sąd Apelacyjny oddalił zażalenia powodów od postanowienia Sądu Okręgowego w O. z dnia 28 maja 2013 r. W sprawie tej ustalono co następuje:

Sąd I instancji wskazał, że z treści pozwu wynikało, że strona powodowa, która utworzyła konsorcjum w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego organizowanego przez Gminę O. w ramach przetargu nieograniczonego pn. „Rekultywacja terenu [...] przy ul. K. w O.”, domaga się zasądzenia kwoty będącej równowartością wadium, które w ich ocenie, zostało niezasadnie zatrzymane przez pozwaną.

Sąd Okręgowy uznał, że przed skierowaniem sprawy na drogę sądową, domagający się zwrotu zatrzymanego wadium powinien złożyć odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Zadaniem tego organu jest bowiem ocena, czy zasadnym było zastosowanie przez zamawiającego jednej z najbardziej restrykcyjnych decyzji podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dopiero niesatysfakcjonujące stronę odwołującą się orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej może być przedmiotem skargi do sądu powszechnego. Zdaniem Sądu strona powodowa nie składając odwołania do KIO nie wyczerpała przewidzianego w ustawie Prawo zamówień publicznych trybu zaskarżania niekorzystnych dla niej decyzji, a zatem skierowanie sporu na drogę sądową było przedwczesne, a tym samym niedopuszczalne.

Oddalając zażalenie powodów Sąd Apelacyjny wskazał, że w piśmiennictwie oraz judykaturze zgodnie przyjmuje się, że droga sądowa może być niedopuszczalna bezwzględnie, względnie oraz czasowo. Niedopuszczalność drogi sądowej jest uznawana za czasową (przejściową) wtedy, gdy skierowanie sprawy na tę drogę zostało mocą przepisu szczególnego uzależnione od wyczerpania postępowania przed innym organem, co oznacza, że wcześniejsze wytoczenie

sprawy przed sąd prowadzi do odrzucenia pozwu albo do przekazania jej właściwemu organowi.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, na co wskazuje brzmienie art. 179 i n. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Z przepisów tych wynika, że w odniesieniu do sporów dotyczących niezgodnej z przepisami tej ustawy czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, obowiązkowe jest wyczerpanie drogi postępowania przed Prezesem Krajowej Izby Odwoławczej. Dopiero po rozstrzygnięciu sporu przed KIO, strona niezadowolona z treści wydanego rozstrzygnięcia, może wnieść skargę do właściwego sądu okręgowego. Taka sytuacja określana jest mianem przejściowej niedopuszczalności drogi sądowej.

Art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych uzależnia dopuszczalność zastosowania środka ochrony prawnej od spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę, uczestnika konkursu albo inny podmiot interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Obecne brzmienie wynikające z nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r., jest następstwem implementacji postanowienia art. 1 ust. 3 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/656/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych (Dz. U. UE.L.2007.335.31). Stosownie do jego treści państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia procedur odwoławczych przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Zdaniem Sądu Odwoławczego motywem działania ustawodawcy wprowadzającego uregulowania zawarte ww. przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, było także poddanie sporów wynikłych w trakcie procedury

przetargowej, osądowi wyspecjalizowanego organu, na co dzień zajmującego się zamówieniami publicznymi, jakim jest Krajowa Izba Odwoławcza.

Sąd Apelacyjny wskazał, na stanowisko Sądu Najwyższego, który ustalając, czy zatrzymanie wadium przez zamawiającego można uznać za jego czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co miało znaczenie dla oceny tego, jakie środki prawne przysługują wykonawcy, którego wadium zatrzymano, tzn. czy te przewidziane w prawie zamówień publicznych, czy tylko roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia według Kodeksu cywilnego, stwierdził, że w obecnie obowiązującym stanie prawnym odwołanie przysługuje przedsiębiorcy od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu (orzeczenie z dnia 7 maja 2010 r., V CSK 456/2009, Lex nr 599571).

Jednocześnie Sąd Najwyższy zwracał uwagę, że z dniem 29 stycznia 2010 r. zmieniła się treść art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wcześniej enumeratywnie wskazywał na czynności, w odniesieniu do których możliwe było wniesienie protestu i skorzystanie z środków prawnych przewidzianych w ustawie. Obecnie posługuje się on bardziej ogólną formułą: „odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia...”, w której zdaniem Sądu Najwyższego, mieści się także zatrzymanie wadium.

Również w wyroku z dnia 13 października 2011 r., V CSK 475/10 (LEX nr 1108492) Sąd Najwyższy uznał, iż wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia, które umożliwia udział wykonawcy w takim postępowaniu; stanowi zatem niewątpliwie instytucję właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał też, że po zmianie dokonanej od dnia 29 stycznia 2010 r. w art. 179 i art. 180 p.z.p. nie może budzić wątpliwości, iż postępowanie sądowe o zwrot wadium jest prowadzone w systemie środków ochrony prawnej przewidzianych w prawie zamówień publicznych a w stanie prawnym sprzed tej zmiany (art. 179 p.z.p.) - na ogólnych zasadach (art. 1 i art. 2 k.p.c. w zw. z art. 4 noweli grudniowej z 2009 r.).

W związku z tym Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem

umożliwia branie udziału w takim postępowaniu, stanowi więc instytucję właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowisko to znalazło odzwierciedlenie także w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2010 r. (KIO1990/10, Lex Polonica nr 2403573), który w uzasadnieniu potwierdził, że „decyzja zamawiającego dotycząca zatrzymania wadium jest decyzją w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i co do jej zasadności podlega ocenie izby. Od tej czynności zamawiającego przysługują odwołującemu środki ochrony prawnej określone w ustawie Prawo zamówień publicznych”.

W skardze kasacyjnej powodowie zarzucili naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.: art. 46 ust. 4a w zw. z art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1, ustawy z dnia 20 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przez błędną wykładnię i w konsekwencji tego przyjęcie, że w przypadku zatrzymania wadium przez Zamawiającego o ile nie są kwestionowane inne dokonane w toku postępowania o udzielenie zamówienia czynności, a wystąpienia z żądaniem zapłaty miało miejsce po zawarciu umowy w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego właściwą drogą do kwestionowania czynności zatrzymania wadium jest odwołanie wnoszone do KIO, kiedy to właściwa wykładnia norm powołanych przepisów prowadzi do wniosku, że w takim przypadku wyłącznie właściwy do rozpoznania sprawy jest Sąd powszechny.

Powodowie zarzucili także naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

1) art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c., art. 1 i 2 k.p.c. przez przyjęcie, że droga sądowa jest niedopuszczalna w przypadku kiedy uczestnik przetargu nie kwestionuje samej czynności wykluczenia go z postępowania, a domaga się jedynie zwrotu pobranego wadium, kiedy to faktycznie w obowiązującym stanie prawnym w przypadku kiedy kwestionowana jest sama czynność pobrania wadium droga sądowa jest dopuszczalna;

2) art. 385 w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. przez przyjęcie, że w niniejszej sprawie zachodziły podstawy do oddalenia wniesionego zażalenia, mimo to, że środek zaskarżenia jako mający usprawiedliwione podstawy winien zostać uwzględniony;

3) art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 art. 192 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że w przypadku kiedy

uczestnik postępowania kwestionuje wyłącznie czynność pobrania wadium nie kwestionując innych czynności podjętych przez Zamawiającego powinien skierować odwołanie do KIO, a w tym wypadku niedopuszczalna jest droga sądowa, kiedy to w rzeczywistości stosownie do art 1 i 2 k.p.c. sprawa mająca za przedmiot zwrot wadium jest sprawą cywilną, a właściwym do jej rozpoznania jest Sąd powszechny;

4) art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1, 183 ust. 1 ustawy z dnia 20 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych przez przyjęcie, że środki ochrony prawnej przewidziane w tej ustawie mogą być wnoszone po zawarciu umowy w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w przypadku podjęcia czynności po zawarciu umowy kiedy to w rzeczywistości odwołanie od czynności Zamawiającego może być wniesione wyłącznie do momentu zawarcia umowy, a czynności dokonane po tej dacie nie mogą być rozstrzygane przez KIO.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Podniesione w skardze kasacyjnej zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, (jedn. tekst Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej powoływana jako P.z.p.) zatrzymanie wadium wraz z odsetkami przez zamawiającego w procesie udzielania zamówienia publicznego może nastąpić tylko w razie zajścia przesłanek określonych w tym przepisie. Określone w we wspomnianym przepisie przesłanki związane są z oceną, czy wykonawca, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył odpowiednich dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, a także pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, a tym samym spowodował brak możliwości wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej. Z przepisu tego wynika jednoznacznie, że jeżeli wykonawca, którego oferta nie została wybrana, zamierza wystąpić o zwrot wadium, to powinien niewątpliwie skorzystać z jednego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 P.z.p. Zwrot wadium jest bowiem możliwy tylko wtedy, gdy ustalone zostanie, że wykonawcy nie można postawić zarzutu jakiegokolwiek zaniedbania przewidzianego w art. 46 ust 4a P.z.p. Biorąc pod uwagę, że postępowanie toczy się w szczególnym trybie uregulowanym przez ustawę Prawo zamówień publicznych a odwołanie uczestnicy wnoszą do Krajowej Izby Odwoławczej, wbrew sugestiom zawartym w skardze kasacyjnej, brak jakichkolwiek

podstaw, aby sprawy związane z zatrzymaniem przez zamawiającego wadium, wyłączyć spod regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec tego zgodnie z art. 198a P.z.p. dopiero po wydaniu orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, powstaje właściwość sądu powszechnego.

Gdyby uznać, że w sprawach o zwrot wadium może orzekać od razu sąd powszechny byłoby to nie tylko niezgodne ze wspomnianymi wyżej przepisami, ale prowadziło by w istocie do przekreślenia konstrukcji środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Sąd powszechny musiałby zastąpić Krajową Izbę Odwoławczą i dokonywać samodzielnie wykładni przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a P.z.p. Tymczasem środki ochrony prawnej w procesie zamówień publicznych są pomyślane w ten sposób, że o tym czy naruszone zostało prawo i uczestnik tego procesu poniósł szkodę, w pierwszym rzędzie ma decydować nie sąd powszechny lecz wyspecjalizowany w złożonej problematyce zamówień publicznych specjalny organ. Dlatego niedopuszczalne jest, aby dopuścić do orzekania w sprawach związanych z zamówieniami publicznym od razu przez sąd powszechny. W takiej sytuacji byłoby to zastępowanie orzeczenia specjalnie do tego powołanego organu przez ten sąd.

W rozpoznawanej sprawie, na co wskazują sami skarżący, należało dokonać oceny czy pełnomocnik miał prawo do działania w imieniu utworzonego konsorcjum. Oceny tej powinna dokonać w pierwszym rzędzie Krajowa Izba Odwoławcza. Jeżeli skarżący dostrzegali, że ich oferta powinna zostać odrzucona jako naruszająca prawo, a z drugiej strony istnieją w pełni przesłanki do zwrotu im wadium, to powinni złożyć odwołanie od decyzji o odrzuceniu ich oferty. To, że ich zdaniem odwołanie nie miało szans na uwzględnienie nie oznacza, że mogli pozostać bierni. Po pierwsze, to nie ich ocena jest decydująca tylko Krajowej Izby Odwoławczej. Po drugie, nawet jeżeli Izba uznałaby, że ich oferta została odrzucona zgodnie z prawem to należało poddać pod jej ocenę, czy skarżącym przysługuje zwrot wadium. Tylko taki sposób postępowania zapewnia, że zostaną zachowane wymogi przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych tzn., że o zgodności z prawem czynności podejmowanych w procesie zamówień publicznych najpierw orzeka wyspecjalizowany organ, a dopiero w drugiej kolejności sąd powszechny.

Mając na uwadze, że zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych okazały się niezasadne to tym samym niezasadne są zarzuty naruszenia przepisów k.p.c. Mogły bowiem być one uwzględnione tylko w sytuacji gdyby zaskarżone postanowienie naruszało przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skoro zarzuty podniesione w skardze kasacyjnej są niezasadne Sąd Najwyższy, na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c., orzekł jak w sentencji.