

Sygn. akt IV CSK 291/13

POSTANOWIENIE

Dnia 12 lutego 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Kwaśniewski (przewodniczący)

SSN Agnieszka Piotrowska (sprawozdawca)

SSN Maria Szulc

Protokolant Katarzyna Jóskowiak

w sprawie z powództwa "S. W." Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w L.
(poprzednio "S. R." Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w R.) i "D. POLSKA" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w O. przeciwko Gminie O.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej
w dniu 12 lutego 2014 r.,
skargi kasacyjnej powodów
od postanowienia Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 6 lutego 2013 r.,

uchyla zaskarżone postanowienie.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 31 lipca 2012 r. Sąd Okręgowy w O., uwzględniając częściowo powództwo, zasądził od pozwanej Gminy O. na rzecz S. R. spółki z o.o. kwotę 36.000 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 31 lipca 2012 r. do dnia zapłaty i na rzecz D. POLSKA spółki z o.o. kwotę 84.000 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 31 lipca 2012 r. do dnia zapłaty, tytułem zwrotu wadium wpłaconego przez konsorcjum utworzone przez powodowe Spółki w przeprowadzonym przez pozwaną Gminę O. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania o nazwie „Rekultywacja terenu przemysłowego dawnej gazowni przy ul. K. w O”. Konsorcjum nie wykonało wezwania Gminy do uzupełnienia złożonej oferty o wskazane przez zamawiającego dokumenty, wskutek czego zostało wykluczone z postępowania, a Gmina zatrzymała wniesione przez powodów wadium i odmówiła jego zwrotu.

Postanowieniem z dnia 6 lutego 2013 roku Sąd Apelacyjny, po rozpoznaniu apelacji obu stron, uchylił zaskarżony wyrok i odrzucił pozew z powodu niedopuszczalności drogi sądowej do dochodzenia zwrotu wadium bez uprzedniego wyczerpania przez powodów środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. - dalej p.z.p.).

W skardze kasacyjnej powodowie zarzucili naruszenie art. 2 § 3 k.p.c., art. 179 i nast. p.z.p. oraz naruszenie art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Rozpatrywana sprawa dotyczy żądania zwrotu wadium zatrzymanego na podstawie art. 46 ust. 4 a p.z.p. przez podmiot prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego po wykluczeniu uczestnika z przetargu. Przepis ten przewiduje, że 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.

Powodowie nie kwestionowali wykluczenia ich z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Gminę O., a jedynie podważali zasadność odmowy zwrotu wadium i domagali się zasądzenia jego równowartości od strony pozwanej na podstawie przepisów kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu.

U podstaw wydania zaskarżonego postanowienia o uchyleniu wyroku i odrzuceniu pozwu legł pogląd Sądu Apelacyjnego, że w sprawach o zwrot wadium nie przysługuje droga sądowa bez uprzedniego wyczerpania trybu odwoławczego wynikającego z przepisów p.z.p. w brzmieniu obowiązującym po nowelizacji dokonanej z dniem 29 stycznia 2010 r. przez ustawę z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy- Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2009 r., nr 223, poz. 1778). Sąd Apelacyjny wskazał, posiłkując się stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w postanowieniu z dnia 7 maja 2010 r., (V CSK 456/09, nie publ.), że wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwia ono branie udziału w takim postępowaniu, stanowi zatem niewątpliwie instytucję właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji przyjęł, że wykonawcy, którego wadium zatrzymano, przysługują środki prawne określone w p.z.p. i dochodzenie zasądzenia wadium jest dopuszczalne w postępowaniu cywilnym dopiero po wyczerpaniu trybu odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (dalej K.I.O.).

W kontekście wywodów Sądu Apelacyjnego uzasadniających to stanowisko, podzielić należy zasadniczy zarzut skargi kasacyjnej, że w rozpatrywanej sprawie doszło do naruszenia art. 2 § 3 k.p.c. przez bezzasadne przyjęcie przez Sąd drugiej instancji, że zachodzi w sprawie ujemna przesłanka procesowa w postaci czasowej niedopuszczalności drogi sądowej.

Art. 2 § 3 k.p.c. statuuje regułę, że nie są rozpoznawane w postępowaniu sądowym sprawy cywilne w rozumieniu art. 1 k.p.c., jeżeli przepisy szczególne przekazują je do właściwości innych organów. Niedopuszczalność drogi sądowej ma miejsce, gdy sprawa ze względu na osobę lub przedmiot postępowania nie podlega orzecznictwu sądów powszechnych, co może być konsekwencją nie

posiadania przez sprawę charakteru sprawy cywilnej ze swej natury lub przekazania jej przez przepis szczególny do kompetencji innego organu. Czasowa czy przejściowa niedopuszczalność drogi sądowej występuje, gdy dana sprawa cywilna może być rozpoznana przez sąd powszechny dopiero po uprzednim wyczerpaniu trybu postępowania przed innym organem.

Sprawa o zwrot wadium zatrzymanego przez zamawiającego na podstawie art. 46 ust. 4 a p.z.p. (a ściślej o zasądzenie jego wartości) jest sprawą cywilną w sensie materialnoprawnym i formalnym (art. 1 k.p.c.). Pogląd o dopuszczalności sądowego dochodzenia roszczenia o zwrot wadium bez konieczności czy potrzeby uprzedniego wykorzystywania przez powoda środków ochrony prawnej przewidzianych w p.z.p. został wyrażony w wielu orzeczeniach Sądu Najwyższego bądź wprost bądź pośrednio - przez nie kwestionowanie faktu przeprowadzenia postępowania sądowego w sprawie zainicjowanej pozwem o zasądzenie równowartości wadium i merytorycznego rozstrzygnięcia sporu przez sądy powszechne (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, niepubl., z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, z dnia 22 listopada 2012 r., II CSK 448/12, z dnia 14 marca 2013 r., I CSK 444/12, z dnia 13 października 2011 r., V CSK 475/10, z dnia 10 maja 2013 r., I CSK 422/12).

Pogląd ten jest aktualny także pod rządami znowelizowanych przepisów p.z.p. (por. wyrok z dnia 7 listopada 2012 r., IV CSK 121/12, niepubl.), które nie dają podstaw do przyjęcia, jak to uczynił Sąd Apelacyjny, że w przypadku zatrzymania przez zamawiającego wadium na podstawie 46 ust. 4 a p.z.p. uczestnik postępowania ma obowiązek, pod rygorem odrzuceniu pozwu, uprzedniego wykorzystania drogi odwoławczej przed K.I.O.

Art. 179 ust. 1 p.z.p. przewiduje, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Zgodnie natomiast z art. 180 ust. 1 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym po nowelizacji, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu

o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

W świetle przytoczonych regulacji trudno przyjąć, aby wykluczony uczestnik przetargu, który nie kwestionuje swojego wykluczenia i nie jest zainteresowany dalszym uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie chce odzyskać wadium, miał interes w rozumieniu art. 179 ust. 2 p.z.p. w złożeniu odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Interes ten wynika bowiem z obiektywnej potrzeby doprowadzenia przez skarżącego do wydania przez K.I.O. określonego rozstrzygnięcia przewidzianego w art. 192 p.z.p., potrzeby stanowiącej konsekwencję utraty możliwości uzyskania przez skarżącego zamówienia lub możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Interes ten pozostaje w integralnym związku z tokiem postępowania o udzielenie zamówienia, o czym świadczy art. 192 ust. 2 p.z.p. przewidujący, że K.I.O. uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7 a p.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego lub jako - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowanie postanowień takiej umowy.

Czynność zatrzymania przez zamawiającego wadium nie ma wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego, a więc nie wpływa na wynik postępowania w powyższym rozumieniu. Uwzględnić ponadto należy katalog rozstrzygnięć, które K.I.O. może wydać w wyniku odwołania, zawarty w art. 192 ust. 3 p.z.p. stosownie do którego uwzględniając odwołanie, Izba może:

- 1) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego; albo
- 2) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1:

- a) unieważnić umowę; albo
- b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa; albo 3) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie - stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

Przytoczony przepis nie przewiduje możliwości wydania przez K.I.O. rozstrzygnięć odnoszących się bezpośrednio do żądania zasądzenia od zamawiającego na rzecz wykluczonego wykonawcy zatrzymanego wadium, co czyni wątpliwym cel wnoszenia oraz skuteczność odwołań opartych jedynie na argumencie bezpodstawności zatrzymania wadium, a to wobec braku wpływu czynności zatrzymania wadium na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przyjęcie koncepcji zaprezentowanej przez Sąd Apelacyjny w zaskarżonym postanowieniu skutkowałoby ponadto pozbawieniem jakiejkolwiek ochrony prawnej uczestników postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości niższej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. Stosownie bowiem do art. 180 ust. 2 p.z.p. odwołanie przysługuje w takich przypadkach tylko wobec czynności w przepisie tym wymienionych, a więc wobec wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę, opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenia oferty odwołującego. W przypadku kwestionowania wyłącznie zatrzymania wadium wykluczony uczestnik pozbawiony zostałby w przypadku wskazanych zamówień możliwości zarówno zaskarżenia tej czynności do K.I.O. , jak i przy przyjęciu poglądu Sądu Apelacyjnego - także wniesienia pozwu do sądu powszechnego.

Nawiązując do rozważań zawartych na wstępie trzeba także podnieść, że ilekroć możliwość wszczęcia i przeprowadzenia postępowania sądowego w sprawie cywilnej jest uzależniona od uprzedniego wyczerpania przez stronę innego rodzaju postępowania (przykładowo administracyjnego, reklamacyjnego, czy mediacyjnego), to przepisy stosownych ustaw wyraźnie to zastrzegają (por. jedynie przykładowo: 477⁹ § 3¹ k.p.c., art. 33 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. - Prawo geodezyjne i kartograficzne - Dz.U.2010.193.1287 j.t., art. 79 i 80 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami - Dz.U.2010/102/651 j.t. ze zm., art. 107 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne - Dz.U.2004/171/1800 ze zm.).

Podobnych regulacji p.z.p. nie zawiera, co dodatkowo uzasadnia stanowisko, że także znowelizowane przepisy p.z.p. nie dają oparcia dla sformułowanej przez Sąd Apelacyjny tezy o czasowej niedopuszczalności drogi sądowej o zwrot wadium, rozumianej jako czasowa niedopuszczalność wszczęcia i prowadzenia postępowania sądowego o zasądzenie od zamawiającego na rzecz wykluczonego uczestnika równowartości zatrzymanego wadium.

W tej sytuacji wobec zasadności skargi kasacyjnej powodów zaskarżone postanowienie podlegało na podstawie art. 398 § 1 k.p.c. uchyleniu w celu ponownego rozpoznania przez Sąd Apelacyjny apelacji obu stron wniesionych od wyroku Sądu Okręgowego i wydania rozstrzygnięcia obejmującego także koszty postępowania wywołanego wniesieniem aktualnie rozpoznanej skargi kasacyjnej.