



Sygn. akt V CSK 475/10

## **WYROK**

### **W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 13 października 2011 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Irena Gromska-Szuster (przewodniczący)

SSN Kazimierz Zawada

SSA Roman Dzikczek (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa I. Polska Spółka z o.o. w W.  
przeciwko Gminie Miasta G.  
o zapłatę,  
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej  
w dniu 13 października 2011 r.,  
skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego  
z dnia 29 lipca 2010 r.,

- 1. uchyla zaskarżony wyrok i oddala apelację powoda od wyroku Sądu Okręgowego w G. z dnia 27 stycznia 2010 r. sygn. akt X GC 227/09,**
- 2. zasądza od powoda na rzecz pozwanego zwrot kosztów postępowania przed Sądem drugiej instancji oraz Sądem Najwyższym, pozostawiając szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w G.**

Uzasadnienie

Powódka *I. Polska* spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. wносиła o zasądzenie od Gminy Miasta G. kwoty 160 000 zł z tytułu zwrotu wadium, zatrzymanego przez pozwaną jako zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wraz z ustawowymi odsetkami i kosztami procesu. Pozwana wносиła o oddalenie powództwa podnosząc przede wszystkim zarzut braku legitymacji czynnej po stronie powodowej, albowiem wadium wpłaciła spółka *I. INTERNATIONAL SAS* w M.

Wyrokiem z dnia 27 stycznia 2010 r. Sąd Okręgowy w G. oddalił powództwo i zasądził od powódki na rzecz pozwanej koszty procesu. Ustalił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pozwana działała jako zamawiający, a przedmiotem zamówienia była budowa hali widowiskowo – sportowej. Punkt III 1.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zobowiązywał m. in. do wniesienia wadium w wysokości 160 000 PLN. Na mocy pełnomocnictwa konsorcyjnego spółki *I. INTERNATIONAL SAS* w M. oraz *I. BATIMENTS SARL* w M. udzieliły powódce jako liderowi Konsorcjum „I.” pełnomocnictwa do działania w imieniu spółek w postępowaniu przetargowym i wskazały, że pełnomocnik umocowany jest w toku tego postępowania do składania w imieniu Konsorcjum wszelkich oświadczeń woli w stosunku do zamawiającego, w tym w szczególności do uzyskania i wniesienia wadium. Powódka działając jako lider Konsorcjum złożyła ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia. Wadium zostało wpłacone przez członka konsorcjum *I. INTERNATIONAL SAS*, który następnie obciążył powódkę kwotą 39 168,70 euro. W terminie związania ofertą pozwana wezwała powódkę do uzupełnienia brakujących dokumentów, z których część została złożona następnie przez powódkę. Powódka nie złożyła natomiast zaświadczenia o przynależności Kierownika Kontraktu do właściwej izby samorządu zawodowego podnosząc, że przynależność do stosownej izby nie jest warunkiem wykonywania zawodu. W dniu 31 lipca 2009 r. powódka złożyła protest na czynność zamawiającego polegającą na niezasadnym zatrzymaniu wadium, a pozwana protest ten oddaliła. Pismem z dnia 11 sierpnia 2009 r. pozwana poinformowała powódkę o wykluczeniu Konsorcjum z przetargu.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy uznał, że powódka występując o zwrot wadium wpłaconego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest legitymowana czynnie, ponieważ występuje jako spółka prawa handlowego, a nie członek i lider Konsorcjum. Umowa konsorcjum zawarta przez *I. INTERNATIONAL SAS, I. BATIMENTS SARL* i powódkę zawarta została na określony czas i w określonym celu, jakim był udział w postępowaniu przetargowym. Z uwagi na wykluczenie Konsorcjum z przetargu umowa ta uległa rozwiązaniu z mocy prawa. Powódka nie nabyła spłaconej wierzytelności do wysokości dokonanej zapłaty zgodnie z art. 518 § 1 k.c.; w każdym razie nie potwierdził tego materiał dowodowy w sprawie. Sąd ten uznał również, że powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie także z tego powodu, że powódka nie oprotestowała wykluczenia jej z przetargu, a wobec tego postępowanie przetargowe stało się prawomocne zarówno w zakresie zatrzymania wadium jak i wykluczenia Konsorcjum z przetargu, a Sąd jest związany ustaleniami poczynionymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przywołał dyspozycję art. 46 ust. 4a ustawy – Prawo zamówień publicznych (j.t.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. – dalej „p.z.p.”) i skonstatował, że uprawomocnienie się decyzji w sprawie wykluczenia Konsorcjum z przetargu spowodowało automatycznie powstanie uprawnienia po stronie zamawiającego do zatrzymania wadium.

Na skutek apelacji powódki Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 29 lipca 2010 r. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 160 000 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 23 października 2009 r. oraz kwotę 11 617 zł tytułem kosztów postępowania i orzekł o kosztach postępowania apelacyjnego. Podzielając ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego w zakresie okoliczności związanych z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także wynikające z treści dokumentów wytworzonych w toku tego postępowania, Sąd Apelacyjny odmiennie ocenił roszczenie powoda na podstawie art. 46 ust. 2 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu II instancji uprawnionym do zwrotu wadium, w myśl tego przepisu, jest wykonawca, a zatem uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takim wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą być

także wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, którzy są w tym postępowaniu reprezentowani przez ustanowionego pełnomocnika, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do tych wykonawców (art. 23 p.z.p.). Jeśli więc w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kilku wykonawców jest reprezentowanych przez pełnomocnika, który jest uprawniony do podejmowania wszelkich czynności w toku tego postępowania, to uzasadnione jest przyjęcie, że jest on także uprawniony do żądania od zamawiającego zwrotu wadium wpłaconego przez wykonawcę wielopodmiotowego. Zatem powód, jako reprezentant Konsorcjum, uprawniony jest także do żądania zwrotu wadium i to bez względu na to, który z członków konsorcjum faktycznie dokonał wpłaty wadium. Sąd ten zauważył, że nie można mówić o zakończeniu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego już z chwilą wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz chwilą tą będzie całkowite rozliczenie wynikające także z obowiązku zwrotu wadium przez zamawiającego. Uznał także, że w świetle stanu faktycznego ustalonego w sprawie, nieuprawnione było stanowisko, że ziściły się przesłanki do wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odnosząc się do wezwania zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 25 ust. 1 p.z.p. wskazał, że powódka złożyła żądany dokument - zaświadczenie o niekaralności kierownika kontraktu, a zastrzeżenia zamawiającego co do treści tego zaświadczenia były bez znaczenia. Z kolei żądanie złożenia zaświadczenia o przynależności do stowarzyszenia zawodowego nie miało podstaw prawnych oraz naruszało zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 p.z.p. W konsekwencji takiego stanowiska uznał, że nie ziściły się warunki z art. 46 ust. 4a p.z.p. do zatrzymania wadium.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w całości zaskarżyła skargą kasacyjną pozwana Miasto Gmina K. Jako podstawy skargi kasacyjnej wskazała naruszenie prawa materialnego: art. 46 ust. 2 w zw. z art. 46 ust. 4a p.z.p. w brzmieniu wynikającym z art. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058 - dalej „nowela wrześniowa z 2008 r.”), a także art. 518 § 1 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. i art. 46 ust. 4a p.z.p. Wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i oddalenie apelacji powoda od

wyroku Sądu Okręgowego w G. oraz zasądzenie od strony powodowej na rzecz pozwanej kosztów postępowania kasacyjnego i apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zasadniczą kwestią do rozstrzygnięcia w związku z podniesionym w skardze kasacyjnej zarzutem naruszenia art. 46 ust. 2 p.z.p. w brzmieniu nadanym nowelą wrześniową z 2008 r. było ustalenie, kto jest wykonawcą, w rozumieniu tego przepisu, uprawnionym do żądania zwrotu wadium, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kilku wykonawców wspólnie ubiegało się o udzielenie zamówienia publicznego (art. 23 p.z.p.); w rezultacie zaś odpowiedź na pytanie, czy uprawnione było stanowisko Sądu Apelacyjnego, w myśl którego, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kilku wykonawców jest reprezentowanych przez ustanowionego pełnomocnika, to jest on także uprawniony do żądania od zamawiającego zwrotu wadium wpłaconego przez wykonawcę wielopodmiotowego.

Na wstępie wskazać należy, że 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 (por. postanowienie SN z 7 maja 2010 r., V CSK 456/09, Lex nr 599571). To przesądza, że w postępowaniu sądowym o zwrot wadium prowadzonym czy to w systemie środków ochrony prawnej przewidzianych w prawie zamówień publicznych (co aktualnie, po zmianie dokonanej od dnia 29 stycznia 2010 r. w art. 179 i art. 180 p.z.p. – Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778 – dalej „nowela grudniowa z 2009 r.”, nie może budzić wątpliwości - zob. cyt. postanowienie SN z 7 maja 2010 r. oraz postanowienie SN z dnia 27 maja 2010 r., III CZP 25/10, Lex nr 602808), czy – jak w sprawie niniejszej, w stanie prawnym sprzed tej noweli (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.), porozumienie konsorcyjne nie wygasło wraz z wykluczeniem wykonawców z postępowania, a właściwym przepisem dotyczącym zwrotu wadium był art. 46 ust. 2 p.z.p. Stanowił on, w brzmieniu relewantnym w sprawie, że z zastrzeżeniem

ust. 4a tego przepisu, zamawiający zwraca niezwłocznie wadium, na wniosek wykonawcy: 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert, 2) który został wykluczony z postępowania, 3) którego oferta została odrzucona. W stanie faktycznym ustalonym przez Sąd Okręgowy, a zaakceptowanym przez Sąd II instancji, miało miejsce wykluczenie Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Prawo zamówień publicznych w art. 23 dopuszcza możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia (ust. 1); są oni wówczas zobligowani do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (ust. 2), a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1 (ust. 3). Pełnomocnikiem wykonawców może być osoba trzecia, lub – jak w sprawie niniejszej – lider Konsorcjum. Przy czym p.z.p. nie definiuje odrębnie „wykonawcy wielopodmiotowego”, lecz wykonawcę (art. 2 pkt 11), w ten sposób, że jest nim osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zatem uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub stroną w postępowaniu sądowym związanym z zagrożeniem interesu prawnego wykonawcy nie jest Konsorcjum ani lider Konsorcjum, lecz podmioty tworzące konsorcjum (por. cyt. postanowienie SN z 27 maja 2010 r., a także m.in. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 listopada 2008 r., KIO/UZP 1235/08, niepubl. i postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 maja 2008 r. KIO/UZP 380/08, LexPolonica nr 2308170). Jak podkreśla się w literaturze łącznym uprawnieniem konsorcjantów jest korzystanie ze środków ochrony prawnej. Z kolei orzecznictwo Zespołu Arbitrów (m.in. postanowienie z dnia 30 czerwca 2005 r., UZP /ZO/0 – 1579/05) jak i orzecznictwo ETS (zob. wyrok z dnia 8 września 2005 r., C – 129/04, *Espace Trianon SA i Societe walonne de location-financement SA (Sofibai) v. Office communautaire et regional de la formation professionnelle et de emploi (FOREM)*, ECR 2005, nr 8 -

9A, poz. 1 - 07805) wskazują na niedopuszczalność korzystania ze środków ochrony prawnej przez pojedynczych członków konsorcjum, jeśli taka jest wola ustawodawcy krajowego. We wskazanym wyroku ETS podkreślono, że wykładni art. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, należy dokonywać w ten sposób, iż przepis ten nie sprzeciwia się temu, aby zgodnie z prawem krajowym nie jeden z tych członków indywidualnie, lecz wszyscy razem członkowie spółki powołanej dla osiągnięcia określonego celu (konsorcjum), nieposiadającej jako taka osobowości prawnej, którzy uczestniczyli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie uzyskali tego zamówienia, mogli wnieść skargę na taką decyzję.

Zdaniem Sądu Najwyższego w składzie niniejszym, to stanowisko jest w pełni przekonujące, co oznacza, że art. 23 p.z.p. statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, a także - jak w sprawie niniejszej - w sądowym postępowaniu o zwrot wadium. Wynika ono przede wszystkim z istoty regulacji ust. 1 i 2 tego przepisu, która przewiduje wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia oraz obowiązek ustanowienia pełnomocnika do ich reprezentacji, a także z systemowego ukształtowania w p.z.p. wspólnego ubiegania się przez kilku wykonawców o zamówienie publiczne. To nie wspólnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący spółkę cywilną (konsorcjum), stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym o zwrot wadium (art. 46 ust. 1 i 2 w zw. z art. 23 u.z.p.). Nie ma natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym lider Konsorcjum. A skoro w niniejszej sprawie powód nie wystąpił także w imieniu pozostałych konsorcjantów, jako ich

pełnomocnik (choć nie było ku temu przeszkód), lecz w imieniu własnym, nie był podmiotem legitymowanym do dochodzenia zwrotu wadium.

W tej sytuacji, wobec uznania, że zasadny okazał się zarzut skargi kasacyjnej wadliwej wykładni art. 46 ust. 2 p.z.p. w brzmieniu nadanym nowelą wrześniową z 2008 r. w zw. z art. 23 p.z.p., rozstrzygający o braku legitymacji materialnej czynnej powoda w sprawie, zbędne stało się odnoszenie do pozostałych zarzutów skargi kasacyjnej, w szczególności naruszenia art. 46 ust. 4a w zw. z art. 26 ust. 3 p.z.p. oraz pozostałych, które miałyby jedynie walor teoretyczny, a nie służyłoby rozstrzygnięciu w przedmiocie zasadności skargi kasacyjnej (por. wyrok SN z dnia 11 stycznia 2007 r., II CSK 370/06, Mon. Prawn. z 2007 r. nr 4, poz. 173).

Z tych względów, na podstawie art. 398<sup>16</sup> k.p.c. Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji. O kosztach postępowania kasacyjnego i apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 108 § 1 zd. 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. i art. 398<sup>21</sup> k.p.c.