

*Sygn. akt I ACz 295/13*

## POSTANOWIENIE

*Dnia 24 maja 2013 r.*

Sąd Apelacyjny w Rzeszowie I Wydział Cywilny w składzie następującym:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Andrzej Palacz</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SA Marek Klimczak</b>
	<b>SA Grażyna Demko (spraw.)</b>

po rozpoznaniu w dniu 24 maja 2013 r.

na posiedzeniu niejawnym

sprawy z powództwa (...) **Spółki z o.o. w R.**

przeciwko **Skarbowi Państwa – Jednostce Wojskowej w W. nr (...)**

o zapłatę

na skutek zażalenia powoda

na postanowienie Sądu Okręgowego w Rzeszowie I Wydział Cywilny

z dnia 6 marca 2013 r., sygn. akt I C 914/12

**p o s t a n a w i a:**

**u c h y l i ć zaskarżone postanowienie i sprawę przekazać do dalszego prowadzenia Sądowi Okręgowemu w Rzeszowie, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania zażaleniowego.**

## UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka z o.o. w R. wniósł do Sądu Okręgowego w Rzeszowie pozew przeciwko Skarbowi Państwa – Jednostce Wojskowej w W. nr (...), domagając się zasądzenia od niego na swoją rzecz kwoty 213.075 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 4 października 2011 r., tytułem zwrotu wadium, które wpłacił przystępując jako lider konsorcjum firm (...) Spółka z o.o. oraz (...) Spółka z o.o. do przetargu nieograniczonego ogłoszonego przez pozwanego na realizację zamówienia „Dostawa sprzętu informatycznego i oprogramowania”. Wyjaśnił, że pismem z dnia 4.10.2011 r. pozwany zawiadomił go o wykluczeniu konsorcjum z przetargu w związku z niezłożeniem dokumentów wymienionych w wezwaniu z dnia 19.09.2011r., potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz spełnienie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego określonych w specyfikacji. Następnie pozwany pismem z dnia 7.11.2011r. zawiadomił powoda o zatrzymaniu wpłaconego wadium w kwocie 213.075 zł, powołując się na treść art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych. Powód zarzucił, że zatrzymanie wadium było bezzasadne, bowiem nie został skutecznie wezwany do uzupełnienia braków oferty.

W odpowiedzi na pozew pozwany Skarb Państwa – Jednostka Wojskowa w W. nr (...) domagał się w pierwszej kolejności odrzucenia pozwu twierdząc, że zatrzymanie wadium jest czynnością akcesoryjną, powiązaną z wykluczeniem wykonawcy i stanowi następstwo czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zainteresowanemu przysługuje zatem odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i droga sądowa w tego rodzaju sprawach jest wykluczona.

Zaskarżonym postanowieniem z dnia 6 marca 2013 r., sygn. akt I C 914/12 Sąd Okręgowy w Rzeszowie odrzucił pozew i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7.200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu Sąd Okręgowy podzielił poglądu Sąd Najwyższego wyrażony w postanowieniu z dnia 7 maja 2010r., V CSK 456/09, Lex 599571, iż wadium jest instytucją właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy, którego wadium zatrzymano przysługują środki prawne określone w ustawie z 2004r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: u.p.z.p.).

Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że zatrzymanie wadium mieści się w sformułowaniu art. 180 ust. 1 u.p.z.p., przewidującego odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Wskazał, że podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 września 2010r., podkreślając, iż decyzja zamawiającego w przedmiocie zatrzymania wadium jest decyzją w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i podlega ocenie Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawcy służą od przedmiotowej czynności środki prawne określone w u.p.z.p., których wykonawca nie może pomijać. Niedopuszczalne jest więc kwestionowanie w trakcie procesu cywilnego niezaskarżonych czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania przetargowego. Skoro powód nie wykazał by w toku postępowania przetargowego złożył odpowiednie środki, przysługujące mu z mocy przepisów u.p.z.p., to oznacza to, że droga sądowa jest niedopuszczalna, co skutkuje odrzuceniem pozwu, na podstawie art. 199 § 1 pkt.1 k.p.c.

Od powyższego postanowienia powód wniósł zażalenie, w którym domagał się jego uchylenia i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu do dalszego prowadzenia oraz zasądzenia od pozwanego na jego rzecz kosztów postępowania zażaleniowego. Zarzucił naruszenie art. 199 § 1 pkt.1 k.p.c. poprzez błędne uznanie, iż w niniejszej sprawie droga sądowa jest niedopuszczalna. Według skarżącego środki ochrony przewidziane w u.p.z.p. przysługują jedynie w stosunku do tych czynności zamawiającego, które uniemożliwiają uzyskanie zamówienia publicznego. Tymczasem interes powoda w uzyskaniu zamówienia publicznego nie jest zagrożony, nie kwestionuje on zasadności wykluczenia z przetargu, lecz zarzuca pozwanemu jedynie sprzeczne z prawem zatrzymanie wadium, w związku z czym pozwany uzyskał nienależną korzyść i z tego względu powód może wykorzystać ochronę prawną przewidzianą w przepisach k.c. Powód nie kwestionował, że przysługują mu środki przewidziane w u.p.z.p., jednak w jego przekonaniu niewyczerpanie tych środków nie może być kwalifikowane jako bezwzględna ujemna przesłanka procesowa.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Problem dopuszczalności drogi sądowej w przypadku dochodzenia zwrotu wadium zatrzymanego w postępowaniu przetargowym był w dotychczasowym orzecznictwie przedmiotem istotnych rozbieżności.

Zaskarżone postanowienie jest wyrazem linii orzeczniczej uznającej niedopuszczalność drogi sądowej w tego rodzaju sprawach, a czerpiącej swą argumentację z uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 r., V CSK 456/09 (Lex nr 599571), gdzie wyrażono pogląd, że wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwia ono branie udziału w takim postępowaniu, stanowi zatem niewątpliwie instytucją właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji Sąd Najwyższy przyjął, że wykonawcy, którego wadium zatrzymano przysługują środki prawne określone w ustawie z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

W najnowszym orzecznictwie, którego wyrazem jest wyrok z dnia 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, LEX nr 1238084, Sąd Najwyższy prezentuje pogląd, że dopuszczalna jest droga sądowa o zwrot zatrzymanego wadium wprost, bez potrzeby wykorzystywania środków ochrony prawnej przewidzianych w u.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. Sąd Najwyższy wyjaśnił, iż 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.

Sąd Najwyższy zauważył, że cyt. postanowienie z dnia 7 maja 2010 r. wydane zostało w związku z odmową przyjęcia skargi kasacyjnej, a jego motywy nie koncentrują się na wykładni przepisów relewantnych dla rozstrzygnięcia kwestii dopuszczalności drogi sądowej.

Należy też zauważyć, że Sąd Najwyższy stwierdzając, iż wykonawcy, którego wadium zatrzymano przysługują środki określone w u.p.z.p., jednocześnie nie wykluczył, że bez uprzedniego wykorzystania tych środków prawnych (art. 180 u.p.z.p.) niedopuszczalne jest wystąpienie przez wykonawcę na drogę procesu cywilnego przed sądem powszechnym z roszczeniem o zwrot wadium z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia.

Stanowisko Sądu Najwyższego opowiadające się za dopuszczalnością drogi sądowej w takich sprawach zawarto także w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, LEX nr 951295. Również wydając najnowsze orzeczenia w sprawach o podobnym stanie faktycznym Sąd Najwyższy nie miał wątpliwości odnośnie dopuszczalności drogi sądowej (zob. wyroki SN: z dnia 22.11.2012 r., II CSK 448/12, nie publ; z dnia 7.11.2012 r., IV CSK 121/12, nie publ; z dnia 10.05.2013 r., I CSK 422/12, nie publ.).

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że ugruntowane jest też stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, że jeśli wykonawca dochodzi – tak jak w tym wypadku, gdzie powód nie kwestionuje wykluczenia go z przetargu, ograniczając się jedynie do żądania zwrotu wadium jako nienależnie uzyskanej przez pozwanego korzyści – winien szukać ochrony przed sądem powszechnym właściwym do rozstrzygnięcia w przedmiocie roszczeń cywilnych. Zatrzymanie wadium przez zamawiającego w trybie art. 46 ust. 4a u.p.z.p. nie jest sensu stricto czynnością podejmowaną przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zmierzającą do zakończenia tego postępowania, przez zawarcie umowy. Czynność ta jest podejmowana po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia, po wyborze najkorzystniejszej oferty. Działanie zamawiającego polegające na zatrzymaniu wadium może być rozpatrywane wyłącznie w kategoriach roszczenia cywilnoprawnego, składanego do właściwego sądu powszechnego (por. m.in.: postanowienie z dnia 7 czerwca 2011 r., KIO 1145/11, LEX nr 847185, wyrok z dnia 1 kwietnia 2011r., 576/11, 577/11, LEX nr 794750, wyrok z dnia 24 lipca 2009 r., KIO/UZP 877/09, LEX nr 511905).

Niepodzielenie poglądu prawnego, który stanowił podstawę zaskarżonego postanowienia powoduje konieczność jego uchylecia i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu do dalszego prowadzenia (art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c.) i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania zażaleniowego (art. 108 § 2 k.p.c.).

(...)

1) (...)

-(...)

- (...)

2) (...)

R., (...)

Bk/