

## POSTANOWIENIE

Dnia 5 września 2012 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Krzysztof Pietrzykowski (przewodniczący)

SSN Anna Owczarek (sprawozdawca)

SSN Bogumiła Ustjanicz

ze skargi C. Spółki Akcyjnej w K.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 29 listopada 2011 r.

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego P. Spółkę Gazownictwa

Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością

z udziałem wykonawcy F. T. S. Spółki z o.o.

przy uczestnictwie wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego

w postępowaniu odwoławczym C. Spółki Akcyjnej

w przedmiocie zamówienia publicznego,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 5 września 2012 r.,

zażalenia C. Spółki Akcyjnej

na zarządzenie Przewodniczącego Sądu Okręgowego

z dnia 15 lutego 2012 r.,

**odrzuca zażalenie.**

Uzasadnienie

Skarżący C. S.A. pismem z dnia 13 grudnia 2011 r. za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 listopada 2011 r.

W odpowiedzi na skargę wykonawca F. T. S. Sp. z o.o. z siedzibą w W. przy ul. M. 4 wniosła o utrzymanie zaskarżonego wyroku i oddalenie skargi w całości jako bezzasadnej.

Przewodniczący Sądu Okręgowego zarządzeniem wydanym w postępowaniu naprawczym zobowiązał skarżącego do wskazania w terminie siedmiu dni wartości przedmiotu zamówienia, jako podstawy dla ustalenia opłaty sądowej od skargi (art. 34 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych - Dz. U. 2010 r. Nr 90 poz. 594).

Skarżący podnosząc, że prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej pojęcia "wartość przedmiotu zamówienia" wskazał, że wartość zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynosiła 6.600.000 zł, a cena zamówienia podstawowego wskazana w złożonej przez niego ofercie wyrażała się kwotą 1.720.900,52 EURO (brutto) oraz łączna trzyletnia ryczałtowa cena netto dla zamówienia przewidzianego w prawie opcji wyrażał się kwotą 172.141,21 EURO (netto), tj. łącznie 1.932.634,21 EURO (brutto), przy czym nie można na dzień udzielania odpowiedzi ustalić kursu wymiany EURO na PLN, który miałby faktyczne zastosowanie w wypadku zawarcia umowy przez strony.

Przewodniczący ustalił na podstawie strony internetowej NBP średni kurs EURO w dniu wniesienia skargi (4,5600 PLN) i zarządzeniem z dnia 15 lutego 2012 r. zobowiązał skarżącego do uiszczenia kwoty 440.641 zł tytułem opłaty sądowej od wniesionej skargi w terminie 7 dni pod rygorem odrzucenia skargi.

W zażaleniu na to zarządzenie skarżący zarzucił naruszenie art. 2, art. 7, art. 31 ust. 3, art. 32, art. 45, art. 77, art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji, poprzez przyjęcie, że skarga z dnia 13 grudnia 2011 r. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 listopada 2011 r., podlega opłacie stosunkowej określonej w art. 34 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. 2010 r. Nr 90 poz. 594) w brzmieniu ustalonym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach

sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591), w wysokości liczonej jako 5% „wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy” ; przepisów art. 1 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 9 oraz art. 1 ust. 2 i art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 76/14, 23.3.1992) oraz przepisów art. 1 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 9 oraz art. 1 ust. 2 i art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. 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 (Dz.U. L 89.395.33, 30.12.1989) oraz przepisów dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, (Dz.U. UE L 335/31, 20.12.2007).

W konkluzji wniósł o uwzględnienie zażalenia, uchylenie zaskarżonego zarządzenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu.

Skarżący wniósł ponadto o ewentualne przedstawienie Trybunałowi Konstytucyjnemu na podstawie art. 193 Konstytucji pytania prawnego: czy art. 34 ust. 2 UKSC w brzmieniu ustalonym ustawy z dnia 5 listopada 2009 r., o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) w zakresie, w jakim przewiduje opłatę stosunkową od skargi w wysokości liczonej jako 5% nigdzie nie zdefiniowanej w przepisach „wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy”, z górnym pułapem przekraczającym pułap określony dla spraw o prawa majątkowe w art. 13 ust. 1 u.k.s.c., jest zgodny z art. 2, art. 7, art. 31 ust. 3, art. 32, art. 45, art. 77, art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji, oraz skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE, Dz.U. UE. C 83, 30.03.2010) pytania prejudycjalnego dotyczące wykładni przepisów art. 1 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 9 oraz

art. 1 ust. 2 i art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG oraz przepisów art. 1 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 9 oraz przepisów art. 1 ust. 2 i art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. 89/665/EWG - czy sprzeciwiają się one temu, aby zgodnie z prawem krajowym wniesienie skargi do sądu krajowego na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia było praktycznie uniemożliwione lub nadmiernie utrudnione zainteresowanemu wykonawcy, w szczególności w porównaniu do innych spraw opartych o prawo krajowe, poprzez wymaganie opłaty stosunkowej od skargi w wysokości liczonej od nigdzie nie zdefiniowanej w przepisach „wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy”, z górnym pułapem przekraczającym pułap określony dla spraw krajowych o prawa majątkowe.

Sąd Najwyższy zważył:

Zaskarżone zarządzenie wydane zostało w dniu 15 lutego 2012 r., co oznacza że zastosowanie mają przepisy kodeksu postępowania cywilnego w brzmieniu obowiązującym w tej dacie (art. 9 ust. 6 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 233, poz. 1381).

Zgodnie z art. 394<sup>1</sup> § 1 i § 2 k.p.c. zażalenie do Sądu Najwyższego przysługiwało, jako wyjątek, na postanowienia sądu drugiej instancji odrzucające skargę kasacyjną, skargę o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, postanowienia co do kosztów procesu, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji, ponadto – w sprawach, w których przysługiwała skarga kasacyjna – na postanowienie sądu drugiej instancji kończące postępowanie w sprawie, z wyjątkiem postanowień, o których mowa w art. 398<sup>1</sup> k.p.c., a także postanowień wydanych w wyniku rozpoznania zażalenia na postanowienie sądu pierwszej instancji. Wskazane przepisy stanowiące odstępstwo od reguły niedokonywania kontroli instancyjnej przez Sąd Najwyższy, nie podlegają wykładni rozszerzającej.

Przedstawione Sądowi Najwyższemu zażalenie dotyczy czynności sądowej podjętej w formie zarządzenia Przewodniczącego. Na tego rodzaju czynność, bez względu na jej przedmiot, zażalenie do Sądu Najwyższego nie przysługuje.

Chybione jest również wskazanie przez skarżącego art. 394<sup>1</sup> § 1 pkt 2 k.p.c. w zw. z art. 398 k.p.c. jako podstawy prawnej wywiedzenia środka odwoławczego. Wykładnia językowa zwrotu „postanowienie co do kosztów procesu” nie pozostawia wątpliwości co do tego, że przedmiotem zaskarżenia mogą być wyłącznie postanowienia, zarówno o charakterze zasądzającym jak i oddalającym ewentualne wnioski, które rozstrzygają o zwrocie kosztów procesu i zamieszczone są w orzeczeniu kończącym postępowanie (art. 108 § 1 w zw. z art. 98 k.p.c.) – por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2011 r., V CZ 63/11, nie publ. Takie rozstrzygnięcie bowiem, mimo zamieszczenia w wyroku, ma charakter autonomiczny.

Z tych względów zażalenie, jako niedopuszczalne, w oparciu o art. 394<sup>1</sup> § 3 w zw. z art. 398<sup>6</sup> § 3 k.p.c. podlega odrzuceniu.

Niemожność poddania zarządzenia kontroli instancyjnej jest przeszkodą formalną uniemożliwiającą Sądowi Najwyższemu ewentualne przedstawienie Trybunałowi Konstytucyjnemu na podstawie art. 193 Konstytucji RP pytania prawnego lub skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej pytania prejudycjalnego.