



Sygn. akt V CSK 321/09

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 kwietnia 2010 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Marek Sychowicz (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Mirosław Bączyk

SSN Hubert Wrzeszcz

w sprawie z powództwa L. N.

przeciwko Gminie W.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 22 kwietnia 2010 r.,

skarg kasacyjnych powoda i strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego

[...]

z dnia 6 maja 2009 r.,

**odrzuca obie skargi kasacyjne w części dotyczącej
rozstrzygnięcia o kosztach postępowania;
oddala obie skargi kasacyjne w pozostałej części;
znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania
kasacyjnego.**

Uzasadnienie

L. N., prowadzący działalność gospodarczą w zakresie budownictwa, wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Gminy W. kwoty 160.000 zł jako zapłaty podwójnego wadium. Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 9 lutego 2009 r. uchylił uprzednio wydany wyrok zaoczny i uwzględnił powództwo do kwoty 80.000 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 26 maja 2008 r., w pozostałej części powództwo oddalił i orzekł o kosztach procesu. Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 6 maja 2009 r. zmienił wyrok Sądu pierwszej instancji w części orzekającej o kosztach procesu i dalej idącą apelacją pozwanej oraz apelację powoda w całości oddalił oraz wzajemnie zniósł między stronami koszty postępowania apelacyjnego.

Rozstrzygnięcie sprawy zapadło na podstawie następujących ustaleń. Pozwana, w trybie przepisów o zamówieniach publicznych, w dniu 27 grudnia 2006 r. ogłosiła przetarg nieograniczony na realizację przebudowy budynku Szpitala im. [...] w W. W tym czasie pozwana nie dysponowała jednakże pozwoleniem na budowę, gdyż decyzja Prezydenta Miasta W. zawierająca takie zezwolenie została uchylona decyzją Wojewody [...] z dnia 20 grudnia 2005 r. (W toku dalszego postępowania administracyjnego pozwana w dniu 8 marca 2007 r. cofnęła wniosek o wydanie pozwolenia na budowę i postępowanie w tym przedmiocie zostało umorzone). Do przetargu przystąpił powód i zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej na sumę 80.000 zł. Oferta powoda została wybrana jako najkorzystniejsza i pozwana zaprosiła powoda do zawarcia umowy dotyczącej realizacji zamówienia, a następnie zwróciła się do powoda o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 23 kwietnia 2007 r., na co powód wyraził zgodę i uzyskał przedłużenie gwarancji ubezpieczeniowej do dnia 25 kwietnia 2007 r. Pismem z dnia 25 kwietnia 2007 r. pozwana poinformowała powoda, że z uwagi na uchylenie decyzji o pozwoleniu na budowę oraz upływ czasu związania ofertą nie może dojść do zawarcia umowy i w dniu 8 maja 2005 r. zwróciła powodowi dokument gwarancji ubezpieczeniowej.

W tym stanie rzeczy Sądy rozpoznające sprawę uznały, że niezawarcie umowy przez strony nastąpiło z przyczyny leżącej po stronie pozwanej. Przyczyną

tą był bowiem brak pozwolenia na budowę, obowiązek wyjednania którego spoczywał na pozwanej. Działanie pozwanej kwalifikuje się jako uchylenie się od zawarcia umowy. Na podstawie art. 70⁴ § 2 k.c., mającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie w związku z art. 14 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (obecnie tekst jedn.: Dz.U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.; dalej – „Prawo zamówień publicznych” lub „p.z.p.”), pozwana jest zatem zobowiązana do zapłacenia powodowi podwójnego wadium. Sąd Apelacyjny podzielił pogląd Sądu pierwszej instancji, który odwołał się do konstrukcji zadatku i przyjął, że zwrot podwójnego wadium stanowi zryczałtowaną formę odszkodowania. Uznał, że w sytuacji, gdy wadium miało formę gwarancji ubezpieczeniowej, „połowa należnej kwoty stanowi zwrot tego, co strona świadczyła, a dopiero druga połowa – swoiste odszkodowanie” i że „zapłata podwójnego wadium, w sytuacji gdy z majątku powoda nie ubyła kwota 80.000 zł, spowodowałaby przysporzenie większe, niż w sytuacji zapłaty wadium w formie pieniężnej, co zróżnicowałoby sytuacje uczestników przetargu”.

Od wyroku Sądu Apelacyjnego skargi kasacyjne wniosły obie strony.

Powód wyrok ten zaskarżył w części oddalającej jego apelację, zmieniającą wyrok Sądu pierwszej instancji w części orzekającej o kosztach procesu i orzekającej o kosztach postępowania apelacyjnego. Skargę kasacyjną opartą na podstawie naruszenia prawa materialnego – art. 70⁴ § 2 k.c. i art. 46 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 14 p.z.p. oraz na podstawie naruszenia przepisu postępowania art. 348 k.p.c. Wniósł o zmianę wyroku Sądu Apelacyjnego w zaskarżonej części i zasądzenie na jego rzecz od pozwanego kwoty 80.000 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 26 maja 2007 r. i kosztami postępowania za obie instancje, ewentualnie o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w zaskarżonej części i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania i w obu wypadkach – o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania kasacyjnego.

Pozwana zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjnego w części oddalającej jej apelację, zmieniającą wyrok Sądu pierwszej instancji w części orzekającej o kosztach procesu i orzekającej o kosztach postępowania apelacyjnego. Podstawą jej skargi kasacyjnej jest naruszenie prawa materialnego – art. 70⁴ § 2 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. Pozwana wniosła o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego

w zaskarżonej części i jego zmianę przez oddalenie powództwa oraz zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania za obie instancje, ewentualnie o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w zaskarżonej części i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania i w obu wypadkach – o zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania kasacyjnego.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną pozwanej powód wniósł – w razie przyjęcia tej skargi do rozpoznania – o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

I. Skarga kasacyjna nie przysługuje od postanowienia o kosztach procesu zawartego w wyroku sądu drugiej instancji. Postanowienie takie zawarte w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie może zostać uchylone lub zmienione na skutek skargi kasacyjnej wniesionej od tego orzeczenia tylko wówczas, gdy skarga kasacyjna zostanie uwzględniona poprzez jego uchylenie (por. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 1998 r., I CKN 454/97, LEX nr 50537, z dnia 10 listopada 1998 r., II CKN 740/98, niepubl., z dnia 16 czerwca 2004 r., I CZ 52/04, niepubl.). Skargi kasacyjne wniesione przez strony w części dotyczącej rozstrzygnięcia o kosztach procesu zawarte w zaskarżonym wyroku należało zatem odrzucić (art. 398⁶ § 3 k.p.c.).

II. Uznanie przez Sąd Apelacyjny działania pozwanej jako uchylenie się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest kwestionowane przez skarżących. Ze względu na zarzuty stanowiące podstawę skargi kasacyjnej pozwanej pierwszą kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest to, czy Prawo zamówień publicznych wyczerpująco reguluje problematykę dotyczącą wadium, czy też do wadium w postępowaniu dotyczącym zamówienia publicznego ma zastosowanie art. 70⁴ § 2 zd. trzecie k.c.

Mimo jego zmian Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym obecnie, jak i w brzmieniu obowiązującym w czasie, gdy pozwana zawiadomiła powoda o odstąpieniu od zawarcia z nim umowy (tekst jedn.: Dz.U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 ze zm.), stanowi i stanowiło w art. 45, kiedy zamawiający ma obowiązek, a kiedy tylko może żądać od wykonawcy, wniesienia wadium i określa jego formy (m.in. w pieniądzu i w gwarancjach ubezpieczeniowych) oraz zasady

wnoszenia. W rozbudowanym art. 46 wymienia przypadki, kiedy zamawiający zwraca wadium i kiedy wadium zatrzymuje. W ust. 5 tego artykułu stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, m.in. odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie (pkt 1) i gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (pkt 3). Zwraca uwagę, że zwrot wadium obejmuje przypadki, kiedy z przyczyn obiektywnych lub leżących po stronie wykonawcy nie może dojść do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W art. 46 brak jest natomiast uregulowania sytuacji analogicznych do dotyczących wykonawcy (ust. 5 pkt 1 i 3), ale odnoszących się do zamawiającego, gdy odmówił on podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta została wybrana i gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Okoliczność ta zwraca uwagę i dlatego, że w art. 70⁴ k.c., który jest przepisem regulującym w sposób modelowy instytucję wadium, w § 2 zd. trzecie przewidziano – wyważając interesy organizatora aukcji lub przetargu i ich uczestnika – uprawnienie uczestnika, którego oferta została wybrana, do żądania od organizatora uchylającego się od zawarcia umowy zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody. Nie ma podstaw do uznania, że charakter i specyfika zamówień publicznych powodują, iż w postępowaniu ich dotyczącym nie znajduje zastosowania taka sama zasada. Unormowanie art. 46 p.z.p. należy zatem uznać za niepełne, co powoduje potrzebę przyjęcia, że do wadium w postępowaniu dotyczącym zamówień publicznych ma zastosowanie art. 70⁴ § 2 zd. trzecie k.c. Podstawę tego zabiegu stanowi art. 14 p.z.p. Pozwala nań szeroka formuła tego przepisu, stanowiącego, że „do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy Prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Przez czynności, o których mowa w art. 14 p.z.p., należy bowiem rozumieć wszelkie czynności faktyczne i prawne podejmowane przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym dotyczące wniesienia oraz zwrotu wadium.

Drugą kwestią, podlegającą rozstrzygnięciu ze względu na zarzuty stanowiące podstawę obu rozpoznawanych skarg kasacyjnych, jest kwestia związana z wykładnią art. 70⁴ § 2 zd. trzecie k.c., sprowadzająca się do odpowiedzi na pytanie, w czym wyraża się obowiązek organizatora aukcji albo przetargu (zamawiającego) zaspokojenia roszczenia uczestnika aukcji lub przetargu (wykonawcy) o zapłatę podwójnego wadium, gdy zostało ono wniesione nie w pieniądzu, lecz w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Z art. 70⁴ § 1 k.c. wynika, że zawiera on definicję wadium i że definicja ta obejmuje tak wadium w pieniądzu, jako wpłatę określonej sumy, jak i wadium w formie ustanowienia odpowiedniego zabezpieczenia jej zapłaty. Gwarancja ubezpieczeniowa jest niewątpliwie tą drugą formą wadium. Nie ma wątpliwości, jak należy rozumieć zdanie pierwsze i drugie § 2 art. 70⁴ k.c. Użyte w zdaniu trzecim tego paragrafu sformułowanie „może żądać zapłaty podwójnego wadium”, jako zawierające słowo „zapłaty” sugeruje, że przepis ten w tej części (pomijając część, w której mowa jest o naprawieniu szkody) dotyczy tylko wadium wniesionego w pieniądzu. Jednakże takie rozumienie omawianego przepisu jest nie do przyjęcia. Po pierwsze, oznaczałoby, że użycie w nim pojęcia „wadium” obejmuje, wbrew ustawowej definicji tego pojęcia zawartej w § 1 art. 70⁴ k.c., tylko jedną jego formę, mianowicie formę pieniężną. Po drugie, wyłączałoby spod działania tego przepisu uczestnika aukcji albo przetargu, który jako wadium ustanowił odpowiednie zabezpieczenie, co świadczyłoby o postawieniu go w sytuacji gorszej niż uczestnika aukcji albo przetargu, który wniósł wadium w pieniądzu. Mógłby on bowiem żądać tylko naprawienia szkody, podczas gdy uczestnik aukcji albo przetargu, który wniósł wadium w pieniądzu, miałby prawo wyboru pomiędzy żądaniem zapłaty podwójnego wadium i żądaniem naprawienia szkody. Należy przy tym zwrócić uwagę, że pierwsze z tych żądań nie wymaga udowodnienia jego wysokości, gdyż wynika ona z przepisu ustawy, podczas gdy dla skutecznego zgłoszenia żądania naprawienia szkody konieczne jest udowodnienie tak faktu poniesienia szkody i jej wysokości. Nie można też podzielić poglądu pozwanej, że w razie wypełnienia hipotezy zdania trzeciego § 2 art. 70⁴ k.c. uczestnikowi aukcji albo przetargu, który wniósł wadium w pieniądzu, przysługuje tylko uprawnienie do żądania zapłaty podwójnego wadium, a uczestnikowi aukcji albo przetargu, który

ustanowił wadium w formie odpowiedniego zabezpieczenia, przysługuje jedynie żądanie naprawienia szkody. Wprawdzie, w odróżnieniu od innych przepisów przyznających uprawnionemu prawo wyboru żądania (zob. np. art. 363 § 1, 367 § 2, art. 491 § 2, art. 493 § 1 art. 676 k.c.) w omawianym przepisie, brak jest sformułowania wyraźnie określającego to prawo, istota zawartego w nim uregulowania sprzeciwia się takiej jego wykładni – na co wskazano już wyżej – która prowadziłaby do zróżnicowania sytuacji uczestnika aukcji albo przetargu, w zależności od tego, czy wniósł wadium w pieniądzu, czy ustanowił wadium w formie odpowiedniego zabezpieczenia, powodującego rażąco nierówne ich traktowanie.

„Zapłata podwójnego wadium” wniesionego w pieniądzu oznacza, że uczestnikowi aukcji albo przetargu zostaje zwrócona suma wpłacona przez niego jako wadium, a ponadto otrzymuje on przewidzianą przez ustawę rekompensatę (zryczałtowane odszkodowanie) za niedojście do zawarcia umowy z przyczyny leżącej po stronie organizatora aukcji lub przetargu (bez względu na poniesienie szkody) w wysokości sumy wpłaconego przez niego wadium. Jeżeli wadium stanowi zabezpieczenie, np. w formie gwarancji ubezpieczeniowej, jako zapłata podwójnego wadium nie wchodzi w grę zwrot żadnej wpłaconej sumy, bo uczestnik aukcji albo przetargu takiej nie wpłacił. W takim wypadku ustanowione zabezpieczenie wygasa (art. 70⁴ § 2 zd. drugie k.c.). Jednakże wówczas uczestnikowi aukcji albo przetargu należy się również rekompensata (zryczałtowane odszkodowanie) za niedojście do zawarcia umowy z przyczyny leżącej po stronie organizatora aukcji lub przetargu. Rekompensata ta także powinna odpowiadać wartości wniesionego przez niego wadium, a zatem wartości ustanowionego zabezpieczenia, którą np. przy gwarancji ubezpieczeniowej stanowi suma na którą opiewa gwarancja. Dodatkowo za stanowiskiem tym przemawia i to, że do otrzymania rekompensaty w takiej też wysokości uprawniony byłby organizator aukcji albo przetargu, gdyby mimo wyboru jego oferty od zawarcia umowy uchylił się uczestnik aukcji albo przetargu. Organizator aukcji albo przetargu mógłby bowiem dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia (art. 70⁴ § 2

zd. pierwsze *in fine* k.c.), a więc np. w wypadku zabezpieczenia w formie gwarancji ubezpieczeniowej mógłby dochodzić zaspokojenia do wysokości sumy objętej gwarancją. Przyjęcie, tak jak chce powód, że jeżeli wadium zostało wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, obowiązek zapłaty podwójnego wadium (art. 70⁴ § 2 zd. trzecie k.c.) obejmuje obowiązek zapłaty podwójnej sumy, na którą opiewa gwarancja, oznaczałoby, iż uczestnik aukcji albo przetargu otrzymałby, jako zapłatę podwójnego wadium sumę podwojoną w stosunku do tej, jaką otrzymałby – przy uwzględnieniu różnicy pomiędzy podstawami ustalenia tych sum – znajdujący się w takiej samej sytuacji uczestnik aukcji albo przetargu, który wniósł wadium w pieniądzu.

Powyższe rozważania prowadzą do stwierdzenia, że zaskarżony wyrok w części rozstrzygającej sprawę merytorycznie zapadł bez naruszenia przepisów prawa, którego naruszenie stanowi podstawę rozpoznawanych skarg kasacyjnych dotyczących tej części wyroku. W tym zakresie obie skargi kasacyjne, jako niemające uzasadnionych podstaw, należało oddalić (art. 398¹⁴ k.p.c.).

III. Orzekając o kosztach postępowania kasacyjnego (art. 108 § 1 zd. pierwsze k.p.c.), Sąd Najwyższy wziął pod uwagę wynik tego postępowania i wysokość kosztów poniesionych w nim przez strony, co doprowadziło – stosownie do art. 100 w zw. z art. 391 § 1 w zw. z art. 398²¹ k.p.c. – do wzajemnego zniesienia między stronami tych kosztów.

/tp/

db