



Sygn. akt I CSKP 66/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 czerwca 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marcin Krajewski (przewodniczący)
SSN Marcin Łochowski (sprawozdawca)
SSN Tomasz Szanciło

Protokolant Justyna Kosińska

w sprawie z powództwa Okręgowej Spółdzielni Mleczarskiej w Ł.
przeciwko Krajowemu Ośrodkowi Wsparcia Rolnictwa w W.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 14 czerwca 2021 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 23 listopada 2018 r., sygn. akt VI ACa (...),

- 1. oddala skargę kasacyjną;**
- 2. zasądza od Okręgowej Spółdzielni Mleczarskiej w Ł.
na rzecz Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa
w W. kwotę 8100 (osiem tysięcy sto) złotych tytułem
zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 23 listopada 2018 r. Sąd Apelacyjny w (...) na skutek apelacji pozwanej Agencji Rynku Rolnego (dalej: ARR) zmienił zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w W. z 31 maja 2017 r. w ten sposób, że oddalił powództwo Okręgowej Spółdzielni Mleczarskiej w Ł. (dalej: OSM) i obciążył kosztami procesu powoda. Sąd II instancji przyjął, iż roszczenie powoda o zapłatę kwoty 1 000 000 zł tytułem zwrotu wadium jest bezzasadne.

Sąd Apelacyjny wskazał, że Sąd Okręgowy dokonał, co do zasady, prawidłowych ustaleń faktycznych, wyprowadzając z nich jednakże błędne wnioski w zakresie kluczowych dla rozstrzygnięcia kwestii. Poza sporem było, że ARR ogłosiła 20 kwietnia 2016 r. przetarg nieograniczony na dostawy artykułów spożywczych do magazynów organizacji partnerskich w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Żywnościowa 2014-2020 Podprogram 2016. Przedmiotem zamówienia było dostarczenie 14 różnych artykułów spożywczych o łącznej szacunkowej wartości 317 182 531,49 zł netto. Miały być one dostarczone do czterech organizacji partnerskich, m.in. do PCK i C. Polska. Zgodnie z pkt V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wykonawcy zamówienia zobowiązywali się do realizacji zamówienia każdego zadania częściowego od sierpnia 2016 r. do kwietnia 2017 r. W załączniku nr 1 do SIWZ zostały zawarte szczegółowe wymagania odnośnie do jakości zamawianych produktów, w tym dostawy sera podpuszczkowego. Zapisano w nim, że „dopuszcza się dostawy serów podpuszczkowych dojrzewających różnych typów lub rodzajów”. Przystępując do przetargu, powodowa spółdzielnia złożyła ofertę m.in. na zadanie częściowe nr 5 – dostawa sera podpuszczkowego. W swojej ofercie OSM zaproponowała dostarczenie sera podpuszczkowego na warunkach ustalonych w SIWZ. W ramach zadania częściowego nr 5 OSM złożyła wadium w kwocie 1 000 000 zł w postaci gwarancji bankowej ważnej do 29 sierpnia 2016 r. ARR rozstrzygnęła przetarg 20 czerwca 2016 r. W ramach zadania nr 5 wybrana została oferta złożona przez OSM. Strony w dniach 24-30 czerwca 2016 r. wymieniały korespondencję dotyczącą projektów opakowań serów oraz rodzajów serów

objętych zamówieniem. OSM poinformowała ARR, że zgodnie z SIWZ dopuszcza się dostawy serów podpuszczkowych dojrzewających różnych typów lub rodzajów. Zaznaczono, że jeżeli ARR uważa, iż w ramach współpracy objętej umową OSM ma przekazywać sery podpuszczkowe dojrzewające w odpowiednich proporcjach dla każdego odbiorcy, to nie stanowi to dla wykonawcy problemu i podporządkuje się temu wymogowi. Następnie 11 lipca 2016 r. powodowa spółdzielnia skierowała do ARR pismo, w którym wskazano, że OSM przystąpiła do przetargu z uwagi na możliwość dostarczania różnych rodzajów sera. Podniosła, że możliwości technologiczne OSM nie pozwalają na wyprodukowanie w ciągu jednego miesiąca odpowiedniej ilości sera jednego rodzaju, natomiast możliwa jest produkcja sera jednocześnie na dwóch liniach produkcyjnych, które różnią się kształtem, a nie parametrami sera. Zaproponowano spotkanie w celu ustalenia szczegółów dostaw i wezwano ARR do pisemnego przedstawienia ostatecznego stanowiska w sprawie. ARR poinformowała 12 lipca 2016 r. OSM, iż zawiadomienie o zawarciu umowy zostanie wysłane po otrzymaniu wyników kontroli prowadzonej przez Urząd Zamówień Publicznych. Pismem z 13 lipca 2016 r. ARR wskazała, że ser ma być dostarczany do każdej organizacji partnerskiej w określonych proporcjach, np. dla każdej organizacji 70% jednego typu sera i 30% drugiego typu sera w trakcie całego programu lub 50% ilości jednego typu sera i 50% drugiego typu sera. Dnia 21 lipca 2016 r. zakończona została kontrola uprzednia UZP, w trakcie której nie stwierdzono żadnych naruszeń w trakcie postępowania przetargowego, wobec czego pismem z 22 lipca 2016 r. ARR wezwała OSM do zawarcia umowy do 26 lipca 2016 r. Powodowa spółdzielnia pismem z 26 lipca 2016 r. poinformowała ARR, że odstępuje od podpisania umowy z uwagi na brak możliwości dostarczenia serów według podziału zaproponowanego pismem z 13 lipca 2016 r. Wskazano, że informacji o takich wymogach nie było w SIWZ na etapie postępowania przetargowego. Ponownie 24 sierpnia 2016 r. ARR przesłała do OSM zawiadomienie o zawarciu umowy, w którym wskazała, że oczekuje wyłącznie zawarcia umowy na warunkach wyznaczonych w ofercie wykonawcy i SIWZ bez obowiązku uwzględniania proporcji dostaw wyznaczonych we wcześniejszej korespondencji przez zamawiającego. Strony nie podpisały umowy

w wyznaczonym terminie do 26 sierpnia 2016 r., a ARR zatrzymała wpłacone wadium.

Według Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy zaniechał ustalenia tego, jaka była treść projektu umowy przedstawionej OSM 22 lipca 2016 r. przez zamawiającego. Postanowienia tej umowy miały stanowić podstawę do formułowania zarówno obowiązków powoda, jak i jego praw, zaś zasadniczym zarzutem powoda było to, iż zamawiający, po wyborze oferty powoda, zmienił sposób wykonania zobowiązania wynikający z SIWZ oraz sporządzonej na ich podstawie oferty wykonawcy. W rezultacie Sąd Okręgowy zamiast skupić się na tym, czy zamawiający faktycznie wprowadził do projektu umowy, którą miał podpisać wykonawca, elementy nieprzewidziane w SIWZ oraz ofercie wykonawcy, skoncentrował się na analizie wymienianej między pracownikami obu podmiotów wcześniejszej korespondencji e-mail oraz listownej. W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd I instancji przy badaniu zachowania obu stron zaniechał ustalenia literalnej treści postanowień projektu umowy przedstawionej przez zamawiającego w wiadomości e-mail z 22 lipca 2016 r. (k. 440) w związku z treścią pisma zamawiającego z 22 lipca 2016 r. Z punktu widzenia prawa zamówień publicznych, jak i kombinowanej metody wykładni umów, uprzednio wymieniana przez strony korespondencja mogła mieć wyłącznie charakter pomocniczy, w razie sporu co do wykładni umowy, a nie decydować o tym, jaka była faktyczna treść zobowiązania. W ocenie Sądu II instancji, kluczowa jest odpowiedź na pytanie, czy zamawiający po wyborze oferty powódki i wezwaniu do zawarcia umowy przereklamował jej literalną treść, nadając jej odmienne brzmienie, aniżeli wynika to z oferty oraz SIWZ. W tym celu niezbędny był dla porównania projekt umowy sporządzony przez zamawiającego, załączony do treści wiadomości e-mail z 22 lipca 2016 r. Bez tego projektu umowy wysłanego wykonawcy nie sposób zweryfikować twierdzenia powódki o rzekomej zmianie treści umowy i tym samym uzasadnionej odmowy jej zawarcia i bezpodstawnego zatrzymania wpłaconego przez powódkę wadium. Sąd Apelacyjny nie odnalazł w aktach sprawy projektu tejże umowy. Nie stanowi z całą pewnością takiego projektu ogólny wzór umowy, stanowiący załącznik do SIWZ (k. 37-58), choćby z racji tego, że nie zawierał oznaczenia wykonawcy, a także przedmiotu zamówienia. Wobec spoczywającego na powódce ciężaru dowiedzenia

twierdzeń, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne (art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c.), Sąd Apelacyjny przyjął, iż już wyłącznie z tego względu apelacja pozwanej podlegała w całości uwzględnieniu, a powództwo oddaleniu.

W skardze kasacyjnej powódka zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjnego w całości, wnosząc o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa oraz zasądzenie kosztów procesu. Powódka zarzuciła zaskarżonemu orzeczeniu naruszenie prawa materialnego i procesowego, tj.:

1) art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: p.z.p.) w związku z naruszeniem art. 14 p.z.p., jak również art. 65 § 1 i 2 k.c. oraz art. 70⁴ k.c., przez jego niepełną i nieprawidłową wykładnię, polegającą na braku jednoznacznej oceny przez Sąd Apelacyjny, czy uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium utrzymuje się w przypadku, gdy odmowa podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego nastąpiła z przyczyn zawinionych właśnie przez zamawiającego, jak również na nieuwzględnieniu, że zawinione działania zamawiającego, które stały się usprawiedliwioną przyczyną niepodpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego - na zasadach ostatecznie przez zamawiającego proponowanych - uprawniają wnioskodawcę do żądania zwrotu wniesionego wadium (nie wykluczając ewentualnych roszczeń dalej idących);

2) art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 14 p.z.p., art. 38 ust 4 p.z.p., art. 144 p.z.p., jak również art. 65 k.c. i art. 70⁴ k.c., połączone z naruszeniem przepisów prawa procesowego: art. 233 § 1, art. 243¹, 244, 245 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez nieprawidłową wykładnię, polegającą na przyjęciu, że o uchyleniu się przez zamawiającego od podpisania umowy zgodnej z ofertą, a także o naruszeniu przez zamawiającego zakazu zmiany SIWZ można mówić jedynie wtedy, gdy zamawiający po wyborze oferty zaproponował wykonawcy nowy projekt umowy w wersji literalnie przeredagowanej, jednoznacznie modyfikującej przedmiot umowy z naruszeniem terminu i trybu określonego w art. 38 ust. 4 p.z.p., podczas gdy przesłanka ta zachodzi także wówczas, gdy wprawdzie zamawiający nie okazał do podpisu umowy w taki literalny sposób przeredagowanej, ale składał wobec

wykonawcy (przedłożone do materiału dowodowego) oświadczenia, których treść w sposób ewidentny i konsekwentny stawiała dodatkowe, niezgodne z treścią SIWZ, wymagania dotyczące sposobu realizacji przedmiotu zamówienia;

3) art. 14, 38 ust. 4, art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p. interpretowanych także w świetle art. 2 i art. 7 Konstytucji RP przez błędną, naruszającą usprawiedliwiony interes przedsiębiorcy wykładnię, polegającą na przyjęciu, iż ingerencje zamawiającego (będącego organem władzy publicznej) w zakres przedmiotu umowy i sposób jej wykonania, dokonane po wyborze oferty, jako niedozwolone przez p.z.p. mają charakter *de iure* nieistniejący i w konsekwencji winny być traktowane przez wykonawcę jako niebyłe, a zatem wykonawcy, dążącemu do wyeliminowania niepewności prawnej i ryzyka związanego z ewentualnymi przyszłymi roszczeniami zamawiającego, nie przysługuje prawo odmowy zawarcia umowy w wersji ostatecznie zaproponowanej przez zamawiającego przy jednoczesnym zachowaniu roszczenia o zwrot wpłaconego wadium;

4) art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p., w związku także z art. 38 ust. 4, art. 144 p.z.p., przez nieprawidłową wykładnię polegającą na dorozumianym postawieniu powodowi wymogu wykazania, że z przyczyn ekonomicznych bądź technologicznych nie byłby w stanie zrealizować umowy z uwzględnieniem dodatkowych oczekiwań zamawiającego, sformułowanych po wyborze oferty, podczas gdy dla ziszczenia się roszczenia o zwrot wadium wystarczające jest już samo wykazanie, że zobowiązanie, którego realizacji domagał się zamawiający w istocie zawierało dodatkowe elementy wykraczające poza treść SIWZ i ofertę, niekorzystne dla wykonawcy;

5) art. 97 i 98 k.c., a także odpowiednio art. 103 § 1 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. oraz art. 6 ust. 1 ustawy z 11 marca 2004 r. o Agencji Rynku Rolnego i organizacji niektórych rynków rolnych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 945 ze zm.) przy jednoczesnym naruszeniu przepisów prawa procesowego: art. 3, 230, 233 § 1, art. 244, 245 k.p.c. przez błędną wykładnię prowadzącą do uznania, że składane powodowi przez przedstawicieli szczebla kierowniczego ARR oświadczenia dotyczące sposobu realizacji przedmiotu umowy, ponieważ nie pochodziły od osób wskazanych do kontaktu w dokumentacji dotyczącej zamówienia publicznego, nie były skutecznymi

oświadczeniami zamawiającego i nie dawały podstaw stronie powodowej do ustalenia rzeczywistej woli zamawiającego dotyczącej sposobu wykonania umowy;

6) art. 405 k.c. w zw. z art. 14, art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p. przez błędną wykładnię, polegającą na tym, że Sąd pominął przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu jako alternatywną – przy założeniu, iż roszczenie wykonawcy o zwrot wadium w przypadku odmowy, z przyczyn wywołanych winą zamawiającego, zawarcia przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego nie zostało uregulowane w art. 46 ust. 5 pkt. 1 p.z.p., nawet wykładanym z uwzględnieniem art. 14 p.z.p., a także art. 704 k.c. - podstawę prawną żądania zwrotu wadium;

7) art. 3, 212 § 1, art. 230, 231, 233 § 1 k.p.c., art. 378 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w połączeniu z jednoczesną obrazą przepisów prawa materialnego - art. 6 k.c., polegającą na bezzasadnym, sprzecznym z zasadą kontradyktoryjności wytknięciu powodowi i oparciu na tej przesłance wyroku reformatoryjnego, braku inicjatywy dowodowej polegającego na nieprzedstawieniu do akt sprawy spersonalizowanego projektu umowy z ARR, podczas gdy istnienie takiego dokumentu było jedynie spekulacją Sądu, wykraczającą poza granice apelacji;

8) art. 233 § 1, art. 244, 245 k.p.c., a także art. 258 i nast. k.p.c., w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez niedokonanie, przy jednoczesnym podtrzymaniu co do zasady ustaleń faktycznych uwzględniającego powództwo w całości wyroku Sądu Okręgowego w W., jasnej wykładni materiału dowodowego w zakresie oświadczeń zamawiającego składanych wykonawcy w lipcu 2016 r., mającej na celu ustalenie tego, czy żądano od powoda wykonania umowy z uwzględnieniem dodatkowych kryteriów, wykraczających poza treść SIWZ i złożoną ofertę, względnie poprzez przyjęcie błędnego założenia, iż oświadczenia te zawierały jedynie niewiążące sugestie przykładowego sposobu realizacji zamówienia publicznego;

9) art. 233 § 1 w zw. z art. 244 w zw. z art. 391 § k.p.c. przez brak umotywowanej oceny (przy jednoczesnym podtrzymaniu co do zasady ustaleń faktycznych uwzględniającego powództwo w całości wyroku Sądu I Instancji) tego, czy powód posiadał możliwości ekonomiczne i technologiczne realizacji umowy w sposób uwzględniający dodatkowe wymagania zamawiającego oraz niedokonanie wykładni i pominięcie, przy analizie motywów odmowy zawarcia

umowy w sprawie zamówienia publicznego w lipcu 2016 r., znaczenia oświadczenia powoda – pisma skierowanego w formie elektronicznej 5 lipca 2016 r., z którego wynikało, że to powódka jako pierwsza żądała najpierw pilnego zawarcia umowy w przedmiocie zamówienia publicznego i wskazywała na konieczność niezwłocznego przystąpienia do jej realizacji;

10) art. 244 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez błędną wykładnię zgromadzonego w aktach sprawy dokumentu - pisma Prezesa ARR z 24 sierpnia 2016 r., polegającą, z jednej strony, na przyjęciu na korzyść pozwanego, że w związku z jego treścią ARR nie żądała wykonania umowy w sposób niezgodny z SIWZ i złożoną ofertą, podczas gdy dokument ten został wypracowany już po odstąpieniu przez powódkę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz - z drugiej strony - na pominięciu, że skoro w tym dokumencie Prezes ARR złożył literalne oświadczenie o odstąpieniu od dodatkowych wymagań postawionych przez przedstawicieli ARR w lipcu 2016 r, tym samym przyznał, że te dodatkowe wymagania, które wpłynęły na odmowę zawarcia umowy przez powódkę, wykraczały swego czasu poza zakres SIWZ i złożonej oferty.

W odpowiedzi na skargę strona pozwana, czyli obecnie Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa, wniosła o odmowę przyjęcia skargi do rozpoznania, ewentualnie o oddalenie skargi i zasądzenie od powodowej spółdzielni kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

1. Trafna jest konstatacja Sądu Apelacyjnego, że kluczową kwestią dla rozstrzygnięcia sporu jest to, czy strona pozwana jest uprawniona do zatrzymania wadium. Zgodnie bowiem z art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p. zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. O ile więc warunki przedstawionej wykonawcy przez zamawiającego do podpisania umowy nie odbiegały od treści oferty oraz postanowień SIWZ, to wykonawca miał obowiązek zawrzeć umowę. W takim

przypadku odmowa przez wykonawcę zawarcia umowy uprawniała zamawiającego do zatrzymania wadium.

Strony pozostawały w sporze co do tego, jakie były oczekiwania zamawiającego odnośnie do treści umowy. Powódka twierdziła, że pozwana ARR dążyła do zawarcia umowy na warunkach odbiegających od SIWZ i treści oferty. Z kolei według pozwanej, powódka uchyliła się od zwarcia umowy, mimo że ARR nie oferowała zawarcia umowy na warunkach odbiegających od treści oferty i SIWZ.

2. Sąd Apelacyjny ustalił, że pozwana ARR do wiadomości e-mail z 22 lipca 2016 r., przesłanej do powodowej spółdzielni, dołączyła projekt umowy, która miała zostać zawarta przez strony. W ocenie Sądu Apelacyjnego, ten projekt był decydujący dla oceny, dokonywanej z perspektywy art. 46 ust. 1 pkt 5 p.z.p., co do tego, czy umowa, którą strony miały zawrzeć, odbiegała od warunków oferty i SIWZ. Ponieważ skarżąca swoje roszczenie opierała na twierdzeniu, że umowa miała zostać zawarta na warunkach innych niż określone w ofercie i SIWZ, to na niej spoczywał ciężar dowodu (art. 6 k.c.), że postanowienia proponowanej przez pozwanego umowy odbiegały od ww. warunków. Skoro powódka nie złożyła doręzonego jej projektu umowy, to nie można przyjąć, że sprostowała temu ciężarowi, co z kolei uzasadniało oddalenie powództwa.

W tym zakresie rozumowanie Sądu Apelacyjnego jest oczywiście trafne. Dla zastosowania art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p. istotne jest to, czy wykonawca odmówił zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie. Oznacza to, że jeżeli zamawiający dążył do zawarcia umowy na warunkach innych niż przewidziane w ofercie i SIWZ, wykonawca jest uprawniony do odmowy zawarcia umowy, a zamawiający nie może wadium zatrzymać. Na płaszczyźnie procesowej wykonawca domagający się zwrotu bezpodstawnie zatrzymanego wadium jest obowiązany wykazać, że zamawiający domagał się zawarcia umowy na warunkach innych niż określone w ofercie (art. 6 k.c.). Niewykazanie tego faktu skutkuje koniecznością przyjęcia, że zamawiający jest – w świetle treści art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p. - uprawniony do zatrzymania wadium, a roszczenie wykonawcy o zwrot wadium jest bezzasadne.

3. Sąd Apelacyjny, korygując ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego, ustalił, że zamawiający 22 lipca 2016 r. przesłał OSM projekt umowy, którą strony miały zawrzeć. Rację ma Sąd II instancji przyjmując, że dokument ten ma kluczowe znaczenie dla oceny tego, na jakich warunkach miała zostać zawarta między stronami umowa. Wcześniejsza korespondencja między stronami i składane oświadczenia mogą mieć jedynie charakter pomocniczy, służący dokonaniu wykładni złożonych oświadczeń woli (art. 65 § 2 k.c.). Oczywiście jest przecież, że ww. projekt umowy mógł w różnym stopniu odbiegać od stanowisk, które strony prezentowały po wybraniu oferty powódki, a przed 22 lipca 2016 r.

Sąd Najwyższy podkreśla, że zgodnie z art. 398¹³ § 2 k.p.c. jest związany ustaleniami faktycznymi poczynionymi przez Sąd Apelacyjny, a ocena ich trafności jest wykluczona. Skoro tak, to w stanowisku Sądu II instancji nie sposób dopatrzyć się naruszenia art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p., a formułowane na tej płaszczyźnie w skardze kasacyjnej zarzuty są nietrafne. Powodowa spółdzielnia nie udowodniła bowiem, że strona pozwana domagała się zawarcia umowy na warunkach odbiegających od oferty i SIWZ, co byłoby kluczowe dla zasadności powództwa.

4. Zasadnicza część argumentacji skarżącego zmierza do zakwestionowania dokonanej przez Sąd Apelacyjny oceny dowodów oraz poczynionych na tej podstawie ustaleń faktycznych dotyczących projektu umowy z 22 lipca 2016 r. i wykazania, że umowa miała zostać zawarta na warunkach odbiegających od oferty. Tymczasem zawarty w art. 398³ § 3 k.p.c. zakaz oparcia skargi kasacyjnej na zarzutach dotyczących ustalenia faktów lub oceny dowodów oraz związanie Sądu Najwyższego ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia (art. 398¹³ § 2 k.p.c.) oznacza niedopuszczalność powoływania się przez skarżącego na wadliwość orzeczenia sądu II instancji, polegającą na ustaleniu faktów lub niewłaściwie przeprowadzonej ocenie dowodów.

Nie mogą więc być w żaden sposób skuteczne zarzuty odnoszące się do postępowania dowodowego, w tym w szczególności art. 233 § 1 k.p.c.

5. Całkowicie chybiony jest też zarzut naruszenia art. 405 k.c. Nie sposób przyjąć, że po stronie zamawiającego dochodzi do bezpodstawnego wzbogacenia

na skutek zatrzymania wadium, skoro przepis art. 46 ust. 5 p.z.p. kreuje niebudzące wątpliwości uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium, stanowiąc zatem podstawę prawną przysporzenia majątkowego po stronie zamawiającego.

6. Z tych względów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. oddalił skargę kasacyjną oraz na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. oraz § 10 ust. 4 pkt 2 w zw. z § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 265 ze zm.) zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 5400 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.