

Sygn. akt I A Ca 275/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 czerwca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Elżbieta Borowska
Sędziowie	:	SA Małgorzata Dołęgowska SA Beata Wojtasiak (spr.)
Protokolant	:	Iwona Aldona Zakrzewska

po rozpoznaniu w dniu 6 czerwca 2014 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) *Spółki z o.o. w L. i (...) Spółki z o.o. w K.*

przeciwko **Gminie O.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji **stron**

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 31 lipca 2012 r. sygn. akt I C 154/12

**I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:**

- a) **odsetki od kwot wymienionych w punkcie I zasądza od dnia 5 lutego 2012 roku;**
- b) **zasądza od pozwanej na rzecz powódek solidarnie kwotę 9.617 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym 3.617 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;**

**II. oddala apelację pozwanej;**

**III. zasądza od pozwanej na rzecz powódek solidarnie kwotę 8.700 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego i kwotę 7.800 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

## UZASADNIENIE

Powódki (...) Sp. z o.o. w R. i (...) Sp. z o.o. w K. wniosły o zasądzenie na ich rzecz od pozwanej Gminy O. łącznej kwoty 120.000 zł (36.000 zł na rzecz (...) Sp. z o.o. i 84.000 zł na rzecz (...) Sp. z o.o.) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 15 lutego 2012 r. do dnia zapłaty, tytułem zwrotu równowartości wadium, złożonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w formie (zrealizowanej) gwarancji bankowej

Gmina O. wniosła o oddalenie powództwa, wskazując na zasadność zatrzymania wadium.

**Wyrokiem z 31 lipca 2012 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie zasądził od pozwanej na rzecz (...) Sp. z o.o. kwotę 36.000 zł, a na rzecz (...) Sp. z o.o. kwotę 84.000 zł – wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 31 lipca 2012 r. do dnia zapłaty (pkt I). W pozostałym zakresie powództwo zostało oddalone (pkt II). Sąd odstąpił od obciążania pozwanej kosztami procesu na rzecz powódek (pkt III).**

Sąd I instancji ustalił, że Gmina O. ogłosiła przetarg nieograniczony na wykonanie zadania pn. (...) przy ul. (...) w O.". Zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, o zamówienie publiczne mogli się ubiegać wykonawcy, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności. W celu potwierdzenia powyższego, wykonawca obowiązany był złożyć m.in. aktualne na dzień składania ofert zezwolenie na transport i unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych oraz zezwolenie na transport, unieszkodliwianie i/lub odzysk odpadów innych niż niebezpieczne, wydane przez uprawniony organ zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa.

Warunkiem uczestnictwa w przetargu było wniesienie wadium w formie wskazanej w SIWZ. Powódki, działając w ramach konsorcjum, złożyły wspólną ofertę i wniosły wadium w wysokości 120.000 zł, w postaci gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej przez (...) S.A. V. (...) z siedzibą w W..

Pismem z 15 lutego 2011r. Gmina, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: P.z.p.) wezwała (...) Sp. z o.o., jako lidera konsorcjum, do uzupełnienia złożonej oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Uznając, że złożonym w odpowiedzi na to wezwanie piśmie z dnia 22.02.2012 roku braki nie zostały uzupełnione, Gmina dokonała wykluczenia konsorcjum z postępowania i w konsekwencji, zatrzymując wadium na podstawie art. 46 ust. 4a P.z.p., zwróciła się do gwaranta o wypłatę na jej rzecz kwoty 120.000 zł. Kwota ta została wpłacona w dniu 22 września 2011 r. Wobec spełnienia świadczenia wynikającego z umowy gwarancji ubezpieczyciel wezwał (...) Sp. z o.o. do zapłaty na jego rzecz kwoty 120.000 zł, w terminie 7 dni od dnia doręczenia wezwania. W odpowiedzi powódka wniosła o rozłożenie płatności ww. kwoty na 10 równych rat. W dniu 7 grudnia 2011r. powodowe spółki umówiły się między sobą, że zadłużenie względem gwaranta będą spłacać solidarnie - w stosunku 30% ( (...) SP. z o.o.) - 70% ( (...) Sp. z o.o.).

Oceniając tak ustalone okoliczności Sąd Okręgowy wskazał, że z chwilą złożenia oferty między zamawiającym a wykonawcą dochodzi do nawiązania stosunku o charakterze zobowiązaniowym, którego treść wypełniają przepisy P.z.p., nakładające na uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wzajemne prawa i obowiązki. Jednym z takich obowiązków, spoczywającym na zamawiającym, jest zwrot wadium w sytuacji, gdy wykonawca wykaże, że zatrzymanie wadium, na podstawie art. 46 ust. 4a P.z.p., było bezzasadne. W razie niewywiązania się z tego obowiązku, wykonawcy przysługuje roszczenie odszkodowawcze na podstawie art. 471 k.c.

W ocenie Sądu zatrzymanie wadium w niniejszej sprawie nie było uzasadnione. Odwołując się do wykładni celowościowej przepisu art. 46 ust. 4a P.z.p Sąd wskazał, że możliwość zastosowania przewidzianej w nim sankcji zatrzymania wadium jest możliwa tylko wtedy, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie złoży wymaganych dokumentów z przyczyn przez siebie zawinionych i w sposób celowy nie uzupełnił braku. Zdaniem Sądu powódki w postępowaniu sądowym wykazały brak swego zawinienia, bowiem przesłuchanie stron dowiodło, że nie posiadały one zezwolenia na transport i unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych o kodzie 17 01 06\* i o takie zezwolenie nigdy nie występowały licząc, że nie będzie ono potrzebne przy oferowanej przez nie technologii prac.

Uznając, że w następstwie zatrzymania wadium członkowie konsorcjum ponieśli szkodę, wyrażającą się powstaniem długu wobec gwaranta, Sąd Okręgowy uwzględnił powództwo i na podstawie art. 471 k.c. w zw. z art. 46 ust. 4a in fine P.z.p. zasądził od pozwanej na rzecz powódek kwotę 120.000 zł, odpowiednio do ustalonych między nimi zasad partycypacji w spłacie długu względem gwaranta.

O odsetkach Sąd orzekł na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c., przyjmując, że dopiero w postępowaniu sądowym powódki wykazały brak zawinienia, skutkujący zwrotem wadium, więc przed datą orzekania pozwana mogła pozostawać w przeświadczeniu, że przysługuje jej prawo zatrzymania wadium. W ocenie Sądu złożone w postępowaniu przetargowym pismo powódek z dnia 22.02.2011 roku, jak i przedsądowe wezwanie do zapłaty nie było dostatecznie precyzyjne i na jego podstawie pozwana nie była w stanie zweryfikować czy powódki posiadają stosowne zezwolenie i nie mogła jednoznacznie ustalić z jakich przyczyn powódki nie przedłożyły wymaganych wezwaniem dokumentów – czy ze względu na ich brak czy też z uwagi na wybór innej technologii prac.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 102 k.p.c. wskazując na skomplikowany charakter sprawy oraz z uwagi na to, że dopiero w postępowaniu sądowym powódki udowodniły okoliczności uzasadniające zwrot wadium.

Apelację od tego wyroku wniosły obie strony.

**Powódki zaskarżyły powyższy wyrok w części tj. w punktach II I III, zarzucając mu:**

- 1. naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 410 § 2 k.c. w związku z art. 405 k.c. poprzez jego niezastosowanie,**
- 2. naruszenie art. 471 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające n przyjęciu normy wynikającej z powyższego przepisu za podstawę rozstrzygnięcia w sytuacji, gdy do okoliczności prawnych i faktycznych, o których Sąd rozstrzygnął w zaskarżonym wyroku tenże przepis nie może znaleźć zastosowania,**
- 3. naruszenie przepisu prawa procesowego, mające istotny wpływ na wynik postępowania, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez niedokonanie wszechstronnej oceny zebranego materiału dowodowego, co doprowadziło do przyjęcia przez Sąd I instancji błędnego ustalenia faktycznego, że powodowie dopiero w toku procesu wykazali brak przesłanek do zatrzymania wadium przez pozwaną,**
- 4. naruszenie art. 102 k.p.c., poprzez jego niewłaściwa interpretację i błędne zastosowania polegające na przyjęciu, że w przedmiotowej sprawie została zrealizowana dyspozycja normy wynikającej z ww. przepisu w wyniku czego Sąd I instancji nie obciążył pozwanej kosztami procesu**

**Mając na uwadze powyższe, powódki wniosły o zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej punktu I i II wyroku i zasądzenie od pozwanej na rzecz powodów odsetek od należności głównej zgodnie z żądaniem pozwu tj. od dnia 15 lutego 2012 roku do dnia zapłaty, zmianę zaskarżonego wyroku w pkt III i zasądzenie od pozwanej na rzecz powódek kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz zasądzenie od pozwanej na rzecz powodów kosztów procesu w II instancji.**

**Pozwana zaskarżyła powyższy wyrok w punkcie I zarzucając mu naruszenie:**

- 1. art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c. w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie, nie odrzucenie pozwu i rozpoznanie istoty sprawy,**
- 2. art. 26 ust. 3 i art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych poprzez ich błędną wykładnię wyrażająca się w przyjęciu, że wykonawca może**

**ekskulpować brak złożenia dokumentów na żądanie zamawiającego w sądowym postępowaniu, którego przedmiotem jest zwrot wadium.**

**Wskazując na powyższe pozwana wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w pkt I i odrzucenie pozwu ewentualnie zmianę zaskarżonego wyroku w pkt I i oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powódek solidarnie na rzecz pozwanej kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych.**

**Sąd Apelacyjny, po rozpoznaniu apelacji obu stron, postanowieniem z dnia 6 lutego 2013 r. uchylił zaskarżony wyrok i odrzucił pozew z powodu niedopuszczalności drogi sądowej do dochodzenia zwrotu wadium bez uprzedniego wyczerpania przez powodów środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.**

**W następstwie apelacji powódek Sąd Najwyższy, postanowieniem z dnia 12 lutego 2014 roku uchylił zaskarżone postanowienie.**

W uzasadnieniu postanowienia Sąd Najwyższy wskazał, że sprawa o zwrot wadium zatrzymanego przez zamawiającego na podstawie art. 46 ust. 4a prawa zamówień publicznych (a ściślej o zasądzenie jego wartości) jest sprawą cywilną w sensie materialnoprawnym i formalnym (art. 1 k.p.c.).

Nawiązując do treści przepisów prawa zamówień publicznych i poglądów judykatury Sąd Najwyższy stwierdził, że wykluczony uczestnik przetargu, który nie kwestionuje swojego wykluczenia i nie jest zainteresowany dalszym uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie chce odzyskać wadium, miał interes prawny w wystąpieniu z powództwem w sprawie cywilnej. Sąd ten wskazał, że przyjęcie koncepcji odmiennej skutkowałoby pozbawieniem jakiejkolwiek ochrony prawnej uczestników postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości niższej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 prawa zamówień publicznych. W przypadku kwestionowania wyłącznie zatrzymania wadium wykluczony uczestnik pozbawiony zostałby w przypadku wskazanych zamówień możliwości zarówno zaskarżenia tej czynności do Krajowej Izby Odwoławczej, jak i wniesienia pozwu do sądu powszechnego. Nadto w ocenie Sądu Najwyższego, z przepisów prawa zamówień publicznych nie wynikało, by możliwość wszczęcia i przeprowadzenia postępowania sądowego w sprawie cywilnej była uzależniona od uprzedniego wyczerpania przez stronę innego rodzaju postępowania.

W rezultacie, wobec zasadności skargi kasacyjnej powodów, zaskarżone postanowienie podlegało na podstawie art. 398 § 1 k.p.c. uchyleniu w celu ponownego rozpoznania przez Sąd Apelacyjny apelacji obu stron wniesionych od wyroku Sądu Okręgowego i wydania rozstrzygnięcia obejmującego także koszty postępowania wywołanego wniesieniem aktualnie rozpoznanej skargi kasacyjnej.

**Po ponownym rozpoznaniu apelacji, Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelacja powodów zasługiwała na uwzględnienie, natomiast apelacja pozwanej podlegała oddaleniu.**

Sąd Apelacyjny aprobeuje i uznaje za własne ustalenia faktyczne Sądu I instancji oraz wyrażoną przez ten Sąd ocenę prawną co do możliwości oparcia roszczenia o zwrot wadium na przepisach reżimu kontraktowego. Natomiast przyjęcie odmiennego stanowiska w zakresie opóźnienia pozwanej w zwrocie wadium skutkowało korektą orzeczenia w części obejmującej odsetki od zasądzonych od niej kwot.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do apelacji strony pozwanej, jako dalej idącej i kwestionującej zasadę roszczenia wskazać należy, że kluczowe znaczenie dla jej rozstrzygnięcia ma wykładnia art. 46 ust. 4 a p.z.p.

Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu zamawiający zatrzymuje wadium jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie złoży dokumentów wymienionych w art. 25 ustawy (tj. potwierdzających spełnienie

warunków udziału w postępowaniu przetargowym), chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Odnosząc należy, że w judykaturze zaistniał pogląd, nawiązujący do tego literalnego brzmienia, zgodnie z którym przez niezłożenie dokumentów (lub oświadczeń) należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy czyli sytuację, w której wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której wykonawca składa dokument (oświadczenie), z którego jednak nie wynika potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (zob. wyrok SN z 2012-11-07, IV CSK 121/12, LEX nr 1274997).

Nie można jednak nie zauważyć, że poprzestanie li tylko literalnym brzmieniu przepisu art. 46 ust. 4 a p.z.p. prowadzi do pominięcia jego celu, polegającego na sankcjonowaniu nieuczciwych zachowań przedsiębiorców w toku postępowania przetargowego. U źródła nowelizacji dokonanej na mocy ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) leżała potrzeba przeciwdziałania znikom wykonawców, przejawiającym się w składaniu niekompletnych ofert przez kilku wykonawców, działających w porozumieniu, i ich nieuzupełnianiu bądź uzupełnianiu tylko przez tego wykonawcę, który - w świetle znanych już wówczas ofert konkurentów - przedstawił nie najniższą cenę, ale zazwyczaj najwyższą. Pozostali uczestnicy umowy mogliby wówczas bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zob. druk sejmowy VI kadencji nr 471).

Z tej przyczyny Sąd Apelacyjny w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę przy interpretacji art. 46 ust. 4a p.z.p. dostrzega potrzebę stosowania reguł wykładni celowościowej, co oznacza przyjęcie, że nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., uzasadnia zastosowanie art. 46 ust. 4a p.z.p. i zatrzymanie wadium. Takie stanowisko wpisuje się w ten nurt w orzecznictwie, zgodnie z którym badaniu in casu podlega zachowanie wykonawcy, a przypisanie mu zawinienia uzasadnione jest w wypadkach jego bierności, umyślności, celowości działania oraz nasilenia złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego ((zob. wyroki SN: z 7.11.2013r., V CSK 531/12, LEX nr. (...), z 10.05.2013r., I CSK 422/12, LEX 1331255, z 4.03.2013r., I CSK 444/12). W uzasadnieniu w/w wyroku z 7.11.2013r Sąd Najwyższy wskazał, że odmiennej wykładni nie dałoby się pogodzić z dyrektywą zacieśniającego tłumaczenia regulacji wyjątkowych o szczególnie restrykcyjnym charakterze, do których niewątpliwie należy zaliczyć art. 46 ust. 4a p.z.p.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w obowiązującym stanie prawnym nie sposób zatem przyjąć, że sankcja zatrzymania wadium mogłaby zostać zastosowana w stosunku do wykonawcy, który - działając w dobrej wierze - doręczył zamawiającemu dokumenty, niepotwierdzające jednak, w ocenie zamawiającego, spełnienia wymagań dotyczących uczestnictwa w przetargu.

Przenosząc te rozważania na grunt sprawy niniejszej podzielić należało wyrażoną przez Sąd I instancji ocenę co do braku zawinienia powódek.

Jakkolwiek rzeczywiście w odpowiedzi na żądanie zamawiającego, zawarte w piśmie z dnia 15.02.2011r., nie zostało przedstawione zezwolenie na transport i unieszkodliwienie odpadu o kodzie 17 01 06\* (pozostałe zezwolenia zostały przedłożone wraz z ofertą), tym niemniej nie ulega wątpliwości, że było to następstwem przeświadczenia powódek, że zezwolenie takie jest zbędne, gdyż przy zastosowaniu proponowanej przez nie technologii odpad o kodzie 17 01 06\* w ogóle nie zostanie wytworzony. Wyjaśnienie takie powódki przedstawiły w piśmie z dnia 22.02.2011 roku (k.52).Pozwana nie analizowała merytorycznej słuszności takiego stanowiska, a poprzestała na stwierdzeniu formalnego braku oferty, uzasadniającego wykluczenie konsorcjum powódek z przetargu.

O ile jednak wykluczenie z przetargu z przyczyn natury formalnej mieści się w uprawnieniach zamawiającego i wynikać może z różnych przyczyn, o tyle zwrot wadium jest jego obowiązkiem, więc zamawiający winien dokonać wnikliwej oceny, czy ziszcza się przesłanka wyłączająca ten obowiązek. W warunkach przedmiotowej sprawy ocena dokonana

przez pozwaną była nieprawidłowa, bowiem działania powódek nie cechowała ani bierność, ani umyślność, ani zła wola.

Sąd Apelacyjny przychylił się do stanowiska, że za nieuzupełnienie dokumentu obciążające wykonawcę powinno się uznawać dopiero działanie fraudem lege, czyli celowe uzupełnienie dokumentu w sposób nieprawidłowy. Okoliczność, że wykonawca pozostawał w błędnym przekonaniu o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu, nie może skutkować zatrzymaniem wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p., jeżeli wykonawca uzupełnił dokumenty, podając nowe informacje, lecz po ich analizie okazało się, że wykonawca tego warunku nie spełnia (tak też (...) w wyrokach: z 24 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1712/11, KIO 1714/11, KIO 1718/11, KIO 1719/11, Lex nr 951203 i 13 czerwca 2011 r., sygn. akt 1134/11, Lex nr 846367).

Z tych względów apelacja pozwanej podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Uwzględniając w całości apelację strony powodowej Sąd Apelacyjny – w przeciwieństwie do Sądu I instancji uznał, że treść pisma powódek z 21.02.2011 roku i przedsądowego wezwania do zapłaty z 6.02.2012 roku zawierała dostateczne tłumaczenie przyczyn, dla których konsorcjum powódek nie przedłożyło wymaganego w specyfikacji SIWZ zezwolenia na transport i unieszkodliwienie odpadu o kodzie 17 01 06\*. Powódki wywodziły w szczególności, że w przyjętej technologii przewidziane zostało mycie zbiorników po byłej gazowni za pomocą hydromonitorów, tzn., z użyciem wody pod wysokim ciśnieniem, co prowadzi jedynie do powstania odpadów o kodach 17 01 01 lub 17 01 07 (co do których przedłożone zostały stosowne zezwolenia), zaś w ogóle nie zostało założone powstanie odpadu o kodzie 17 01 06\*, który przy tej metodzie nie powstaje. Jakkolwiek powódki nie twierdziły wprost, że nie dysponują zezwoleniem obejmującym odpad 17 01 06\*, to jednak treść obu pism nie pozostawia wątpliwości co do tego, że zakładany przez nie sposób wykonania zamówienia w ogóle nie doprowadzi do konieczności posiadania takiego zezwolenia. W sposób wyraźny zostało to sformułowane w przedsądowym wezwaniu do zapłaty, gdzie dodatkowo powódki podkreśliły, że ich ewentualne błędne przekonanie, iż spełniają warunek udziału w postępowaniu nie może skutkować zatrzymaniem wadium w trybie art. 46 ust. 4a p.z.p.

W ocenie Sądu Apelacyjnego treść tego ostatniego pisma powinna prowadzić do zweryfikowania stanowiska pozwanej w przedmiocie zasadności zatrzymania wadium. Przeprowadzone przed sądem I instancji postępowanie dowodowe tylko potwierdziło okoliczność i tak z tego pisma wynikającą, że powódki nie legitymowały się zezwoleniem na transport i unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych o kodzie 17 01 06\* i nigdy o takie zezwolenie nie występowały, licząc że nie będzie ono wymagane przy proponowanej technologii prac. Braku zawinienia powódek dowodzi nie tyle wykazanie, że nie dysponowały stosownym zezwoleniem w dacie składania oferty, ile ich przeświadczenie, że zezwolenie tego rodzaju w ogóle nie byłoby potrzebne, a tę okoliczność powódki przedstawiły w korespondencji adresowanej do strony pozwanej.

Oznacza to, że z upływem terminu określonego w przedsądowym wezwaniu do zapłaty pozwana pozostawała w opóźnieniu w wykonaniu obowiązku zwrotu wadium, a zatem odsetki – zgodnie z regułą wyrażoną w art. 481 k.c. – podlegały zasądzeniu od tej daty, tj. od 5.02.2012 roku. Przyjąć przy tym należy, że roszczenie o zwrot wadium dotyczy świadczenia bezterminowego w rozumieniu art. 455 k.c., więc świadczenie takie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu do zapłaty.

Natomiast Sąd Apelacyjny nie podziela argumentacji strony powodowej jakoby podstawą wyroku zasądzonego miał być przepis art. 405 k.c.

Pogląd o dopuszczalności takiej właśnie podstawy wydaje się wprawdzie wynikać pośrednio z tych orzeczeń Sadu Najwyższego, w których podstawa taka nie była kwestionowana, a rozstrząsane były kwestie innego rodzaju (np. wyroki SN: z 22.11.2012 roku, II CSK 448/12, LEX 1314392, z 7.07.2011 roku, II CSK 675/10, LEX 951295), tym niemniej nie jest pozbawione słuszności stanowisko Sądu I instancji upatrujące podstawy do zwrotu wadium w przepisach reżimu kontraktowego.

Przypomnienia wymaga, że powinność określonego zachowania po stronie zobowiązanego może wynikać nie tylko z umowy lecz także z przepisu ustawy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych takim przepisem jest art. 46 ust.1, który na zamawiającego nakłada obowiązek zwrotu wadium. Zawarte w ust.4 tego artykułu uprawnienie zamawiającego jest wyjątkiem, co oznacza, że brak przesłanki stąd wynikającej aktualizuje ogólną regułę określoną w ustępie 1.

W judykaturze zauważono, że stosunki cywilnoprawne pomiędzy uczestnikami przetargu nawiązują się już z chwilą złożenia ofert, a czynność ta stanowi jednocześnie przyjęcie oferty zawarcia tzw. „umowy przetargowej”, określającej reguły dojścia do umowy ostatecznej (zob. post. SN z 15.06.2007 roku, II CZ 37/07, LEX 4889947). Prawa i obowiązki stron po tym momencie regulowane są przepisami p.z.p., które stanowi część prawa cywilnego, na co wskazuje odesłanie do przepisów Kodeksu cywilnego (art.14 p.z.p.).

Postępowanie zmierzające do zawarcia umowy w trybie przetargu nieograniczonego inicjuje zamawiający przez publiczne ogłoszenie, obejmujące zaproszenie do składania ofert, skierowane do nieograniczonego lub ograniczonego kręgu adresatów, którego wymaganą treść określają art. 40, 41 i 42 p.z.p. Zaproszenie to jest zarazem szczególnego rodzaju ofertą zawarcia porozumienia co do trybu, w którym ma nastąpić zawarcie umowy. Zamawiający jest związany postanowieniami zawartymi w ogłoszeniu, zarówno tymi, które stanowią elementy postępowania przetargowego, jak i tymi, dotyczącymi treści umowy, będącej przedmiotem przetargu. Złożenie oferty, w odpowiedzi na ogłoszenie o przetargu nieograniczone, wywołuje skutek w postaci związania ofertą oraz przyjęcia przez oferenta ustalonego trybu postępowania przetargowego. Konsekwencją tego jest zawarcie przez zamawiającego i składającego ofertę porozumienia obejmującego zasady i tryb postępowania, które mają doprowadzić do zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu. Porozumienie to i związane z nim prawa i obowiązki stron tego postępowania stanowią szczególnego rodzaju stosunek prawny, o którym mowa w art. 70<sup>1</sup> § 4 k.c., w doktrynie nazywany umową przetargową.

Zwracając uwagę na te okoliczności Sad Najwyższy wskazał wprost w uzasadnieniu wyroku z dnia 24.03.2011 roku (I CSK 448/10, LEX 798234), że nie można wykluczyć konstruowania roszczeń na podstawie art. 471 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. skoro określone prawa i obowiązki uczestników postępowania w sprawie zamówienia publicznego traktowane być mogą jako swoista umowa.

Przyjąć zatem należy, że istnienie tzw. umowy przetargowej ma i ten skutek, że wyznacza także reżim prawny dla oceny roszczeń stron wynikłych na jej tle. Z tego względu przy ocenie roszczenia o zwrot wadium nie ma potrzeby odwoływania się do instytucji bezpodstawnego wzbogacenia, stosowanej tam, gdzie u podstaw uzyskania korzyści nie leży ani czynność prawna, ani przepis ustawy.

Zasadnie zatem w sprawie niniejszej Sad I instancji przy ocenie roszczenia odszkodowawczego powódek zastosował przepis art. 471 k.c.

Przedstawiona powyżej odmienna ocena prawna charakteru żądania powódek od zaprezentowanej w ich apelacji, nie zmienia tego, że powódki mają status strony wygrywającej w obu instancjach, co oznacza, że koszty postępowania winny być poniesione przez stronę pozwaną. Sąd Apelacyjny nie podzielił przy tym poglądu Sądu I instancji, jakoby skomplikowany charakter sprawy przemawiał za skorzystaniem przez stronę pozwaną z dobrodziejstwa regulacji zawartej w art. 102 k.p.c. Nie są tu pozbawione słuszności wywody powódek, że pozwana niezasadnie negocjowała swój obowiązek zwrotu wadium i tym samym dała podstawę do wytoczenia powództwa. Dodać należy, że nie ubiegała się ona o odstąpienie od obciążania kosztami i nie wykazywała swej kondycji finansowej. Apelacja strony powodowej została zatem także w tej części uwzględniona w oparciu o przepis art. 386 § 1 k.p.c. W efekcie pozwana winna uiścić na rzecz powódek kwotę 9617 złotych za I instancję (w tym 6000 zł tytułem opłaty od pozwu i (...) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, należnych na podst. § 6 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych – t.j. Dz.U. z 2013r. poz.490).

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., również stosując zasadę odpowiedzialności za wynik procesu i zasądzając od pozwanej na rzecz powodów solidarnie kwotę 8700 złotych (w tym 6000 złotych tytułem opłaty od apelacji i 2700 zł, tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, należnych na

podstawie § 12 ust.1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 5 w/w rozporządzenia). Nadto pozwana winna ponieść koszty postępowania przed Sądem Najwyższym, na które składają się opłata od skargi kasacyjnej w kwocie 6000 złotych i koszt zastępstwa prawnego w zakresie sporządzenia i wniesienia skargi kasacyjnej tj. 1800 złotych - § 12 ust.4 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 5 w/w rozporządzenia).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.