

Sygn. akt I C 164/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 listopada 2015 r.

Sąd Okręgowy w Zielonej Górze Wydział I Cywilny

w składzie

Przewodniczący: SSO Zbigniew Woźniak

**Protokolant: st. sekr. sąd. Katarzyna Golańska**

po rozpoznaniu w dniu 29 października 2015 r. w Zielonej Górze

na rozprawie

sprawy z powództwa M. K., H. P., Z. Ł.

przeciwko Skarbowi Państwa – (...) Zarządowi (...) w Z.

o zapłatę

I. oddala powództwo;

II. zasądza od łącznie od powodów na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 6.300 zł tytułem zwrotu kosztów procesu przy czym spełnienie świadczenia przez jednego z powodów zwalnia wobec pozostałych.

Sygn. akt I C 164/15

## UZASADNIENIE

Powód M. K. pozwem z dnia 24 października 2012 r. domagał się zasądzenia od Skarbu Państwa – (...) Zarządu (...) z siedzibą w Z. kwoty 80.000zł z ustawowymi odsetkami od dnia 23 marca 2012 r do dnia zapłaty.

W uzasadnieniu żądania pozwu powód twierdził, iż uczestniczył jako partner konsorcjum w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na przebudowę budynków koszarowych nr (...) w W.. W terminie wynikającym ze specyfikacji ogólnych zamówień wniósł on wadium w wysokości 80.000zł w postaci gwarancji bankowej. Powód podniósł, że zgodnie z punktem 3.5.9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Strona powodowa wskazała, że pozwana zarzuciła, że w dniach 28 lutego 2012 r. i 1 marca 2012 r. przesłała na adres lidera konsorcjum tj. Zakładu Usługowego (...) H. P., pisma wzywające do uzupełnienia oraz wyjaśnienia treści dokumentów w złożonych ofertach. Tymczasem pisma takie nie zostały liderowi konsorcjum doręczone. Ponadto podniósł, że pozwany w korespondencji prowadzonej drogą faksową w toku postępowania przetargowych stosował zasadę dołączania do pisma merytorycznego – załącznika w postaci potwierdzenia otrzymania pisma, które to potwierdzenie było następnie przesyłane zwrotnie faksem przez odbiorcę do (...) Zarządu (...), stanowiąc dowód doręczenia. Pozwany nie posiada dowodów doręczenia pism z dnia 28 lutego 2012 r. i 1 marca 2012 r., co przy uwzględnieniu zasad przekazywania korespondencji wynikających ze sposobu doręczenia pisma z 6 marca 2012 r., wskazuje, że pisma z 28 lutego 2012 r. i 1 marca 2012 r. nie zostały skutecznie doręczone.

Strona pozwana w odpowiedzi na pozew (K-64-72) wniosła o oddalenie powództwa zarzucając, że pismami z dnia 28 lutego 2012 r. lider konsorcjum, którego członkiem był powód, został wezwany do wyjaśnienia i uzupełnienia ofert, w obydwu pismach zostały wskazane terminy do wykonania wezwań oraz skutki ich niedotrzymania (zatrzymanie wadium). Pisma te zostały wysłane na podany przez lidera konsorcjum numer faksu, a adresat nie udzielił żądanych wyjaśnień, ani nie uzupełnił dokumentów. Pozwany posiada przy tym potwierdzenie nadania faksem dokumentów. W związku zaś z brakiem reakcji na obydwa pisma powód został wykluczony z przetargu, o czym został poinformowany pismami z dnia 9 marca 2012 r. W takiej sytuacji powodowi przysługiwało odwołanie w trybie określonym w art. 180 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Z tej możliwości powód nie skorzystał i dlatego nieuprawnione jest poszukiwanie przez niego ochrony przed sądem powszechnym.

Sąd Okręgowy w Zielonej Górze wyrokiem z dnia 23 października 2013 r. zasądził od strony pozwanej na rzecz powoda M. K. kwotę 80.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia uprawomocnienia się wyroku do dnia zapłaty, w pozostałym zaś zakresie powództwo oddalił.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 9 lipca 2014 r. uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Zielonej Górze pozostawiając mu rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny wskazał, iż zasadna okazała się apelacja pozwanego, która skutkowałą uchynieniem zaskarżonego wyroku. Sąd Okręgowy w Zielonej Górze nie rozpoznał bowiem kwestii legitymacji czynnej w sprawie o zwrot zatrzymanego wadium. Kwestia ta jest rozważana w ramach badania prawidłowości zastosowania przez Sąd pierwszej instancji prawa materialnego. Mając zatem na uwadze fakt, iż po stronie powodowej występuje tylko jeden z członków konsorcjum oraz to, że Sąd pierwszej instancji nie zastosował w niniejszej sprawie art. 195§1 k.p.c., Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386§4 k.p.c., uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania.

Zarządzeniem z dnia 19 czerwca 2015 r. pełnomocnik powoda M. K. został wezwany do oznaczenia w terminie 14 dni osób wchodzących w skład konsorcjum w sposób umożliwiający ich zawiadomienie.

W piśmie procesowym z dnia 21 lipca 2015 r. pełnomocnik powoda wykonał powyższe zobowiązanie sądu po czym w postanowieniem z dnia 12 sierpnia 2015 r., Sąd Okręgowy w Zielonej Górze postanowił zawiadomić o toczącym się procesie H. P. i Z. Ł..

Pismem z dnia 18 września 2015 r. H. P. oraz Z. Ł. oświadczyli, iż wstępują do sprawy w charakterze powodów (K-233).

Strona pozwana w piśmie procesowym z dnia 29 października 2015 r. podniosła zarzut przedawnienia roszczenia będącego przedmiotem postępowania.

W uzasadnieniu wskazała, iż w maju 2015 r. upłynął 3 letni termin przedawnienia, natomiast przerwanie biegu przedawnienia poprzez wytoczenie powództwa w przypadku współuczestnictwa koniecznego jakie występuje w niniejszej sprawie następuje dopiero z chwilą złożenia oświadczeń o przystąpieniu do sprawy przez wszystkich współuczestników, a więc wraz ze złożeniem pisma z dnia 18 września 2015 r.

Ostatecznie na rozprawie w dniu 29 października 2015r. pełnomocnik strony powodowej wniósł o zasądzenie od pozwanego solidarnie na rzecz powodów kwoty 80.000 zł, z kolei strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa i jednocześnie podtrzymała zarzut przedawnienia.

### **Sąd ustalił następujący stan faktyczny:**

(...) Zarząd (...) z siedzibą w Z. ogłosił przetarg na wykonanie zadania pn. „Przebudowa budynku koszarowo-sztabowego nr 35 w W. dla potrzeb JW. 5700 M.” Spr. Nr (...) oraz na wykonanie zadania pn. „Przebudowa budynku koszarowo-sztabowego nr 24 w W. dla potrzeb JW. 5700 M.” Spr. Nr (...).

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) wskazano, że podstawowym sposobem porozumienia się jest korespondencja pisemna przekazywana za pomocą operatorów pocztowych. Zamawiający dopuścił jednak przekazywanie zapytań, wniosków oraz informacji faksem i pocztą elektroniczną (ust.5.2.1 SIWZ).

(okoliczność bezsporna: SIWZ; K-7-32v)

W dniu 9 lutego 2012 r. zostały zawarte dwie umowy konsorcjum pomiędzy H. P. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy (...) H. P. w M. a M. K. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Zakład (...) w S. oraz Z. Ł. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Technika (...) w Ś. jako partnerami. (...) oświadczyli, że tworzą konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, to jest wspólnego złożenia oferty w przetargu na przebudowę budynku K.-sztabowego nr 35 w W. dla potrzeb JW. 5700 M. spr. nr (...) oraz na przebudowę budynku K.-sztabowego nr 24 w W. dla potrzeb JW. 5700 M. spr. nr (...), a w przypadku w przypadku wyboru oferty konsorcjum do zawarcia i realizacji umowy kontraktowej. Jednocześnie strony postanowiły, że Liderem Konsorcjum będzie Zakład Usługowy (...) H. P. w M., a pełnomocnikiem do reprezentowania ich przed zamawiającym ( (...) Zarządem (...) w Z.), będzie H. P. (§3). Nadto partnerzy konsorcjum zastrzegli, że ponoszą solidarną odpowiedzialność wobec zamawiającego za wykonanie kontraktów (§ 4 ust. 2). Umowa została zawarta na czas wykonania kontraktu przez strony.

Wobec strony pozwanej powodowie mieli wspólnie wykonać umowę. SIWZ i umowa konsorcjum nie przewidywała indywidualnych stosunków między zamawiającym a poszczególnymi członkami konsorcjum.

(dowód: umowy konsorcjum z 9 lutego 2012 r.; K-255)

W dniu 16 lutego 2012 r. lider konsorcjum Zakład Usługowy (...) H. P. złożył ofertę na wykonanie zadania pn. „Przebudowa budynku koszarowo-sztabowego nr 35 w W. dla potrzeb JW. 5700 M.” Spr. Nr (...). Członkiem tego konsorcjum był powód, który udzielił liderowi konsorcjum pełnomocnictwa do reprezentowania go w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia przyszłej umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia. Na poczet złożonej oferty powód wniósł w dniu 14 lutego 2012 r. w formie gwarancji bankowej wadium w kwocie 40.000 zł.

Jako nr faksu lidera konsorcjum wskazano (...).

Pismem z dnia 28 lutego 2012 r. lider konsorcjum został wezwany przez (...) Zarząd (...) z siedzibą w Z. do uzupełnienia złożonej oferty do dnia 6 marca 2012 r. W treści wezwania wskazano, że nie uzupełnienie oferty w wyznaczonym terminie, będzie skutkowało zatrzymaniem wadium. Pismo to zostało nadane faksem w dniu 28 lutego 2012 r.

W związku z brakiem reakcji ze strony lidera konsorcjum pismem z dnia 9 marca 2012 r. (...) Zarząd (...) z siedzibą w Z. zawiadomił go o wykluczeniu z postępowania przetargowego. Następnie (...) Zarząd (...) z siedzibą w Z. zwrócił się do Banku Spółdzielczego w O. (...) o wypłatę wadium w wysokości 40.000zł. Bank wypłacił pozwanemu wadium w wysokości 80.000 zł w dniu 22 marca 2012 r.

W piśmie z dnia 15 marca 2012 r. skierowanym do (...) Zarządu (...) z siedzibą w Z. lider konsorcjum (...) wskazał, że nie otrzymał ww. wezwania z dnia 28 lutego 2012 r.

(dowód: gwarancja bankowa z dnia 14 lutego 2012 r.; K-33-34,

pismo z dnia 15 marca 2012 r.; K-40,

pismo z dnia 29 sierpnia 2012 r.; K-47,

polecenie przelewu; K-48,

oferta z dnia 16 lutego 2012 r.; K-83-84,

pełnomocnictwo; K- 85-86,

oświadczenie; K-87,

pismo z dnia 28 lutego 2012 r.; K- 88-88v,

raport potwierdzeń wiadomości; K-89,

pismo z dnia 9 marca 2012 r.; K-90-90v,

raport komunikacji wielokrotnej; K-91,

pismo z dnia 13 marca 2012 r.; K-92)

W czasie wysyłania drogą faksową wezwań do uzupełnienia przez lidera konsorcjum ww. ofert faks w jego przedsiębiorstwie był niesprawny. O fakcie wysłania tych wezwań lider konsorcjum dowiedział się dopiero z chwilą otrzymania pism o wykluczeniu go z przetargu.

W (...) Zarządzie (...) z siedzibą w Z. w sytuacji, gdy brak było reakcji ze strony oferenta na wezwanie do usunięcia braków jeszcze dodatkowo telefonicznie kontaktowano się z tym oferentem. Taka sytuacja miała miejsce w dwóch innych postępowaniach przetargowych, w których uczestniczyło konsorcjum, do którego należał powód. Na skutek tych telefonów uzupełniano braki w terminie.

W przypadku ww. wezwań o uzupełnienie braków z dnia 28 lutego 2012 r. i 1 marca 2012 r. tego zaniechano. Nie ustalano także czy lider konsorcjum (...) otrzymał te wezwania.

(dowód: zeznania świadka J. B.; K - 127v)

zeznania świadka H. P.; K- 131-131v)

### **Sąd zważył, co następuje:**

Powództwo nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z tym, że strona pozwana na rozprawie w dniu 29 października 2015 r. podniosła zarzut przedawnienia roszczenia, rozważania należy rozpocząć od oceny podniesionego zarzutu, albowiem rozstrzygnięcie o nim determinuje udzielenie ochrony prawnej samemu roszczeniu.

Kierując się oceną prawną oraz wskazaniem co do dalszego postępowania wyrażonymi w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, Sąd uznał, iż powodowie w postępowaniu w przedmiocie zamówienia publicznego występowali jako konsorcjum scentralizowane – jako jednolity łączny podmiot uprawnień wynikających z potencjalnie zawartej umowy. Za takim wnioskiem przemawia treść umowy konsorcjum oraz postanowienia SIWZ. Z treści umowy konsorcjum wynika, że strony umowy zobowiązały się wspólnie wykonać (...) (§2 umowy). Żadna ze stron nie mogła bez uprzedniej zgody pozostałych przenieść uprawnień wynikające z umowy (§6 umowy). Postanowienia SIWZ nie przewidywały podziału zadań na członków konsorcjum w odniesieniu do zamawiającego. Żadne z postanowień SIWZ nie przewidywały, że w przypadku wspólnego wykonywania zamówienia zamawiający w sposób odrębny będzie rozliczał się z każdym ze wspólnie wykonujących zamówienie. Ww. stwierdzenia, które nie zostały zakwestionowane przez powodów, świadczą o tym, iż powodowie występowali jako wspólnie uprawnieni z umowy konsorcjum. Podobna sytuacja faktyczna występowała w sprawie, w której Sąd Najwyższy (wyrok z dnia 7 listopada 2014 r., IV CSK 95/14, Biul. SN 2015/1/10-11), w której Sąd Najwyższy przyjął łączne uprawnienie konsorcjantów. Poszczególni konsorcjanci są współwykonawcami wspólnego zadania inwestycyjnego w wielopodmiotowym, ale dwustronnym stosunku obligacyjnym. Wewnętrzny podział robót między poszczególnych konsorcjantów pozostaje już sprawą obojętną dla zamawiającego, ponieważ może on oczekiwać od uczestników konsorcjum wykonania całego zadania

inwestycyjnego (por. np. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 września 2008 r., III CSK 119/08, OSNC 2009/9/130). Reasumując, powyższe determinowało przyjęcie, iż powodom przysługuje wyłącznie łączna legitymacja do dochodzenia zwrotu wadium.

W niniejszej sprawie na rozprawie w dniu 29 października 2015 r. strona pozwana podniosła zarzut przedawnienia wskazując, iż ewentualne roszczenie powodów wynika z przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu mając zaś na uwadze fakt, iż powodowie prowadzą działalność gospodarczą, ich roszczenie ulega 3 letniemu przedawnieniu.

W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości fakt, iż ewentualnie roszczenie o zwrot wadium znajduje oparcie w przepisach o nienależnym świadczeniu, tj. przepisie art. 410§1 i 2 k.c. W przypadku nie zawarcia umowy, wpłacone wadium, w trybie zmierzającym do jej zawarcia, stanowi postać nienależnego świadczenia – świadczenia spełnionego. Zobowiązanie do zwrotu nienależnego świadczenia jest zobowiązaniem bezterminowym, którego wymagalność jest uzależniona od wezwania dłużnika do zapłaty (tak też art. 455 k.c., por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2014 r., III CSK 36/14, publ. lex 1621345).

W przypadku gdy wymagalność roszczenia uzależniona jest od czynności, która powinien podjąć wierzyciel bieg terminu przedawnienia rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stało by się wymagalne, gdyby wierzyciel podjął niezbędne czynności w najbliższym możliwym terminie, co wprost wynika z treści art. 120§1 k.c.

W niniejszej sprawie powodowie mogli podjąć czynności zmierzające do wymagalności roszczenia o zwrot wadium już w dniu 9 marca 2012 r., tj. w dniu, w którym lider konsorcjum (pełnomocnik) otrzymał zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania (K-40).

Zdaniem Sądu roszczenie powodów o zwrot wadium ulega trzyletniemu terminowi przedawnienia. Powodowie, co jest bezsporne, zgłaszając swój udział w zamówieniu publicznym działali jako przedsiębiorcy. Zgodnie z przepisem art. 118 k.c., jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, termin przedawnienia wynosi lat dziesięć, a dla roszczeń o świadczenia okresowe oraz roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej - trzy lata.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego zgodnie się przyjmuje (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 2003 r., V CK 24/02, OSNC 2004/10/157), że roszczenie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia, z którym występuje przedsiębiorca, podlega trzyletniemu przedawnieniu przewidzianemu w art. 118 k.c., jeżeli powstaje ono w związku z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością gospodarczą.

Powodowie są przedsiębiorcami, a ich roszczenie wynika z prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Zatem ich roszczenie ulega trzyletniemu terminowi przedawnienia.

W sprawie pozostaje do rozważania kwestia, czy wystąpienie z powództwem w dniu 24 października 2012 r. przez powoda M. K. spowodowało przerwanie biegu terminu przedawnienia wobec pozostałych powodów.

Nie ulega wątpliwości, iż między powodami występuje współuczestnictwo konieczne jednolite. Proces przeciwko stronie pozwanej może dotyczyć się wyłącznie łącznie po stronie powodów, zaś wyrok będzie niepodzielnie dotyczył powodów, co wynika z charakteru więzi łączącej powodów (por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie IV CSK 95/14). Sąd zawiadomił osoby, których udział w procesie po stronie powodów był konieczny pismem z dnia 24 sierpnia 2015 r. (K-223, 224). Ww. osoby przystąpiły do sprawy w dniu 18 września 2015 r. (K-233).

Zgodnie z art. 198§2 k.p.c., skutki prawne, jakie ustawa wiąże z wytoczeniem, w stosunku do osób zawiadomionych w myśl artykułów poprzedzających następują z chwilą przystąpienia tych osób do sprawy w charakterze powodów.

W literaturze przyjmuje się, iż skutki prawne, o których mowa w art. 198§2, obejmują zarówno skutki procesowe, jak i materialne, jakie ustawa wiąże z wytoczeniem powództwa. Dotyczy to również skutku w postaci przerwania biegu przedawnienia wobec osoby przystępującej w charakterze powoda. Pierwszą czynnością, o której mowa w art. 123§1 pkt 1 k.c., jest bowiem złożenie oświadczenia, że podmiot zawiadomiony o toczącym się procesie będzie występował w roli powoda. Skutki związane z doręczeniem pozwu następują z chwilą zawiadomienia strony pozwanej o przystąpieniu

do procesu osoby trzeciej w charakterze powoda, gdyż pozew został już wcześniej doręczony. Przy współuczestnictwie koniecznym po stronie powodowej (legitymacja łączna) skutki wniesienia pozwu następują dopiero z momentem złożenia oświadczenia o przystąpieniu przez wszystkich współuczestników (M. Manowska, A. Adamczuk i inni (w:) Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Warszawa 2013 r komentarz do art. 198 k.p.c.; B. Kordasiewicz (w:) System Prawa Prywatnego. Red. Z. Radwański, Warszawa 2008, T. 2 s. 643).

Z przedstawionym wyżej poglądem dotyczących chwili przerwania biegu terminu przedawnienia w przypadku współuczestnictwa koniecznego (z chwilą przystąpienia do sprawy wszystkich osób czynnie legitymowanych) należy się zgodzić. Za przedstawioną w komentarzach i literaturą tezę przemawia kilka argumentów.

Po pierwsze, w przypadku współuczestnictwa koniecznego po stronie czynnej jedynie łączny udział wszystkich uprawnionych pozwala sądowi na merytoryczne odniesienie się do żądania pozwu. Brak chociażby jednej z osób łącznie legitymowanych, skutkuje oddaleniem powództwa. Termin przedawnienia przerywają jedynie skuteczne czynności zmierzające do dochodzenia roszczenia. Wniesienie pozwu, który z uwagi na brak legitymacji (pełnej legitymacji) zostaje oddalony nie przerywa biegu terminu przedawnienia. Zainicjowanie postępowania, którego skutkiem jest odmowa udzielenia ochrony prawnej roszczeniu nie powoduje przerwania biegu terminu przedawnienia, co pośrednio wynika z art. 125 k.c., gdzie jest mowa o roszczeniu stwierdzonym orzeczeniem. W literaturze w drodze wyjątku przyjmuje się, iż przerwę przedawnienia powoduje powództwo oddalone (mimo że roszczenie jest należne i wymagalne) na podstawie art. 5 k.c., z uwagi na to, że realizacja roszczenia w aktualnej sytuacji dłużnika byłaby sprzeczna z zasadami współżycia społecznego (J. Ignatowicz (w:) System prawa cywilnego, t. I, 1985, s. 832). Skoro brak wszystkich osób, których łączny udział w sprawie jest konieczny skutkuje oddaleniem powództwa, to wystąpienie z powództwem jedynie przez jedną z osób legitymowanych, nie prowadzi do przerwania biegu terminu przedawnienia. Przerwanie następuje dopiero z chwilą wystąpienia do sprawy wszystkich osób, których łączny udział jest konieczny.

Po drugie, w niniejszej sprawie, mimo iż pełnomocnik powodów wnosił o solidarne zasądzenie dochodzonej pozewem kwoty na rzecz powodów, co już samo w sobie winno skutkować oddaleniem powództwa, nie występuje solidarność czynna. Solidarność czynna może wynikać wyłącznie z umowy. Przepisy ustawy nie przywidują solidarności czynnej wierzycieli (M. Sychowicz, Kodeks cywilny. Komentarz. Warszawa 2013 r., komentarz do art. 369 k.c.). W przypadku współuczestnictwa koniecznego i łącznej legitymacji czynnej do dochodzenia wierzytelności brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjmowania istnienia solidarności czynnej wierzycieli. Uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub stroną w postępowaniu sądowym związanym z zagrożeniem interesu prawnego wykonawcy nie jest Konsorcjum ani lider Konsorcjum, lecz podmioty tworzące konsorcjum (m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 r., III CZP 25/10 – lex nr 602808; postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 maja 2008 r. KIO/UZP 380/08, LexPolonica nr 2308170; wyrok Sądu Najwyższego z 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, lex nr 1350061). Tym samym jak wskazał to Sąd Najwyższy w cytowanym już wyroku z dnia 13 października 2011 r. w sprawie V CSK 475/10 (LEX nr 1108492) art. 23 p.z.p. statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, a także w sądowym postępowaniu o zwrot wadium. Brzmienie przepisu art. 23 ust. 3 p.z.p. przesądza jednoznacznie, iż konsorcjum nie posiada podmiotowości prawnej, a tym samym nie posiada zdolności sądowej. Stroną w znaczeniu procesowym są zatem wszystkie podmioty wchodzące w skład tego konsorcjum (E. G.-S. „Konsorcjum, czyli jak wspólnie zdobyć zamówienie publiczne” -Z..Pub.D.. 2009/11/4-17).

Należy również zaznaczyć, iż treść przepisu art. 141 p.z.p. przesądza wyłącznie o solidarności biernej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie rodzi jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie, czyli możliwości solidarnego domagania się zwrotu wadium czy zapłaty wynagrodzenia od zamawiającego. Do powstania tego typu solidarności potrzebny byłby wyraźny zapis ustawy, natomiast art. 141 odnosi się wyłącznie do solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia. Nie ma bowiem podstaw do przyjęcia, że pomiędzy podmiotami wchodzącymi w skład konsorcjum zachodzi tzw. solidarność wierzycieli. Przede wszystkim nie wchodzi w rachubę solidarność czynna członków konsorcjum z mocy ustawy. Brak jest przepisu prawa, z którego w niniejszej sprawie mogłaby wynikać solidarność wierzycieli po stronie uczestników konsorcjum.

Jak już bowiem wskazano, ani wspomniany art. 141 p.z.p., ani inny przepis, nie regulują solidarności czynnej wykonawców ubiegających się i realizujących zamówienie publiczne. Zgodnie z art. 369 k.c. źródłem solidarności może być jedynie ustawa lub czynność prawna. O istnieniu solidarności bądź o jej braku przesądza zatem ustawa lub wola stron wyrażona w umowie, ponadto solidarności nie domniemywa się. Ponadto dług zamawiającego polega na wykonaniu świadczenia pieniężnego. Ponieważ świadczenie pieniężne jest zawsze świadczeniem podzielnym, to do odpowiedzialności zamawiającego przed wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia znajdzie zastosowanie norma wyrażona w art. 379 § 1 k.c., wedle której, jeżeli jest kilku wierzycieli, a świadczenie jest podzielne, to dług dzieli się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest wierzycieli (Małgorzata Stachowiak, Jarosław Jerzykowski, Włodzimierz Dzierżanowski Prawo zamówień publicznych Komentarz Lex 2007, wyd. III, kom. do art. 141).

Wbrew temu co twierdzi strona powodowa solidarność czynna wszystkich uczestników konsorcjum nie zachodzi również z mocy zawartych w dniu 9 lutego 2012 r. umów konsorcjum.

Umowa konsorcjum nie jest uregulowana w prawie polskim, jednak dopuszczalność jej zawarcia nie budzi wątpliwości i jest już trwałym elementem życia gospodarczego. Jest to umowa zawierana przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia określonego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum. W literaturze przedmiotu wskazuje się na jej podobieństwo do umowy spółki cywilnej, z tą jednak zasadniczą różnicą, iż uczestnicy konsorcjum nie wnoszą wkładów (co jest charakterystyczne dla spółki prawa cywilnego), konsorcjum nie ma wspólnego majątku, nie ma takiej samej jak spółka cywilna struktury prawno-majątkowej i organizacyjnej ani tak ścisłych powiązań partnerów.

Z istoty stosunku prawnego wynika wyłącznie łączne uprawnienie do dochodzenia wierzytelności (por. ww. wyroki Sądu Najwyższego). Tymczasem przepisy o solidarności wierzycieli zakładają samodzielną legitymację do dochodzenia roszczeń (art. 367§1 k.c.). Podobnie jest w przypadku wielości wierzycieli i niepodzielności świadczenia (art. 381§1 k.c.). W niniejszej sprawie jedynie łączne dochodzenie roszczenia przez wszystkich uprawnionych daje im skuteczną legitymację, co stanowi przeciwieństwo regulacji solidarności czynnej i niepodzielności świadczenia przy wielości wierzycieli. Z tego powodu w omawianej sytuacji prawnej brak jest podstaw do stosowania w drodze analogii przepisu art. 377 k.c. oraz art. 382§2 k.c. Obie ww. regulacje oparte są na założeniu samodzielnej legitymacji każdego z wierzycieli do dochodzenia roszczenia, stąd przerwanie biegu terminu przedawnienia wobec jednego z wierzycieli wywołuje skutek względem pozostałych. W przypadku łącznej legitymacji do dochodzenia roszczenia, poszczególni wierzyciele nie mają samodzielnego uprawnienia do dochodzenia wierzytelności, co oznacza, że jedynie łączne dochodzenia przez nich wierzytelności może uzyskać ochronę prawną.

Po trzecie, brak jest podstaw do przyjęcia, iż przerwanie biegu terminu przedawnienia w przypadku współuczestnictwa koniecznego i łącznego można wywieść z art. 73§2 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem, w wypadku, gdy z istoty spornego stosunku prawnego lub z przepisu ustawy wynika, że wyrok dotyczyć ma niepodzielnie wszystkich współuczestników (współuczestnictwo jednolite), czynności procesowe współuczestników działających są skuteczne wobec niedziałających. Hipoteza ww. przepisu odnosi się do sytuacji procesowej, w której już występują współuczestnicy. Z ww. przepisy nie można wyinterpretować wniosku, zgodnie z którym wniesienie powództwa przez jednego ze współuczestników jednolitych wywołuje skutek wobec pozostałych w przypadku współuczestnictwa koniecznego. Każde współuczestnictwo konieczne jest jednocześnie współuczestnictwem jednolitym. Przyjęcie tezy, iż wniesienie powództwa przez jedną z osób, których łączny udział w sprawie jest konieczny, wywołuje skutek względem osób, które powództwa nie wnoszą, prowadziłoby do sytuacji, w której treść art. 72§2 k.p.c. oraz art. 195§1 k.p.c., była by zbędna. Dla skutecznego wniesienia pozwu wystarczyłoby działanie jednej z osób łącznie legitymowanych. Zbędne byłby zawiadamianie o toczącym się procesie innych osób, skoro działanie jednego miałyby wywołać skutek wobec osób, które nie uczestniczą w procesie. Z takim wnioskiem nie można się zgodzić. Przepis art. 73§2 k.p.c. dotyczy sytuacji, w której współuczestnicy znajdują się w procesie. W takim przypadku czynności jednego współuczestnika wywołują skutki wobec innych współuczestników.

Reasumując, w przypadku wystąpienia współuczestnictwa koniecznego i łącznego po stronie powodowej (legitymacja łączna) skutki wniesienia pozwu następują dopiero z momentem złożenia oświadczenia o przystąpieniu przez wszystkich współuczestników, a co za tym idzie przerwanie biegu terminu przedawnienia następuje dopiero z chwilą przystąpienia wszystkich osób do sprawy – art. 198§2 k.p.c. (M. Manowska, A. Adamczuk i inni (w:) Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Warszawa 2013 r komentarz do art. 198 k.p.c.; B. Kordasiewicz (w:) System Prawa Prywatnego. Red. Z. Radwański, Warszawa 2008, T. 2 s. 643).

W przedmiotowej sprawie braku w legitymacji czynnej po stronie powodów zostały konwalidowane dopiero w dniu 18 września 2015 r., tj. w dniu, w którym wszyscy powodowie przystąpili do sprawy i dopiero od tego dnia można było mówić o przerwaniu biegu terminu przedawnienia (art. 123§1 pkt 1 k.c.). Tymczasem trzyletni termin przedawnienia roszczenia o zwrot nienależnego świadczenia upłynął w dniu 10 marca 2015 r. (w dniu 9 marca 2012 r. powodowie otrzymali informacje o wykluczeniu z postępowania). W związku z powyższym należy przyjąć, iż czynności powodów nie doprowadziły do przerwania biegu terminu przedawnienia, albowiem uzupełnienie podmiotowe po stronie powodowej nastąpiło po tym jak roszczenie uległo przedawnieniu.

W sprawie powodowie nie powoływali się na inne zdarzenia skutkujące przerwaniem biegu terminu przedawnienia. Brak jest również podstaw do przyjęcia, że strona pozwana zrzekła się zarzutu przedawnienia.

Strona pozwana skutecznie zatem zgłosiła zarzut przedawnienia, co skutkuje odmową udzielania ochrony prawnej zgłoszonemu roszczeniu, co też Sąd uczynił oddalając powództwo – tak też z mocy art. 117§2 k.c.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Sąd uznał, iż podniesienie przez stronę pozwaną zarzutu przedawnienia nie jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. P.. powoda powziął wiedzę o uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu w dniu 12 sierpnia 2014 r. (K-198). W tym dniu roszczenie nie było jeszcze przedawnione. Powód mógł zatem nakłonić pozostałych uprawnionych do zgłoszenia się do sprawy w charakterze powodów. Oceny podniesionego zarzutu nie zmienia fakt ewentualnego braku zgody pozostałych uprawnionych do zgłoszenia udziału w sprawie (powód nie powoływał się na ten fakt a postawa pozostałych uprawnionych wyrażona w piśmie z dnia 18 września 2015 r. i na rozprawie w dniu 29 października wyklucza brak zgody).

Niezależnie od skuteczności podniesienia zarzutu przedawnienia zdaniem Sądu powodom przysługuje roszczenie o zwrot wadium, z tym, że jest ono obecnie niezaskarżalne.

Sąd w obecnym składzie w pełni akceptuje ustalenia i rozważania Sądu I instancji, który pierwotnie rozpoznawała sprawę. Te ustalenia i rozważania nie posądzają o zasadności powództwa. Świadczą jedynie o istnieniu roszczenia, tyle, że obecnie jest ono niezaskarżalne i nie podlega ochronie.

Materialnoprawną podstawę żądania pozwu stanowi przepis art. 46 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych (dalej p.z.p.), zgodnie z którym zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Z mocy art. 46 ust. 4a p.z.p. zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieależących po jego stronie.

Zgodnie z art. 27 ust. 1 PZP w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.

Z powyższego wynika, że wybór formy porozumiewania się jest pozostawiony decyzji zamawiającego, przy czym dyrektywą dla podjęcia tej decyzji jest zakaz naruszenia uczciwej konkurencji. Jeżeli więc wybór formy



porozumiewania się, innej niż pisemna, mógłby wpłynąć na zakłócenie konkurencji, zamawiający będzie obowiązany stosować taką formę, która nie ma wpływu na konkurencję.

Wybór sposobu porozumiewania się wpływa w istotnym stopniu na przebieg postępowania. Ponieważ ustawa w wielu przepisach uzależnia terminy podjęcia określonych czynności od przekazania informacji, zawiadomienia (np. termin wniesienia odwołania), niezmiernie ważna jest pewność obydwu stron co do skutecznego przekazania oświadczenia czy wniosku. Należy przy tym pamiętać, że w przypadku sporu dowód będzie obciążał stronę (przekazującego), która wywodzi skutki prawne z dochowania terminu. Każda z dopuszczalnych dróg przekazywania informacji obciążona jest wadą. W przypadku faksu lub drogi elektronicznej trudno uzyskać wiarygodny dowód na przekazanie informacji o określonej treści, w przypadku zaś form pisemnej i wykorzystania poczty (co jest najpopularniejszym sposobem przekazywania pism) - kilku adresatów tej samej wiadomości może otrzymać ją w różnym czasie (zob. M.Stachowiak, Komentarz do art.27 PZP, LEX).

Co ważne w treści SIWZ wskazano, że podstawowym sposobem porozumienia się jest korespondencja pisemna przekazywana za pomocą operatorów pocztowych. Zamawiający dopuścił jednak przekazywanie zapytań, wniosków oraz informacji faksem i pocztą elektroniczną (ust.5.2.1 SIWZ).

Przeprowadzone postępowanie dowodowe nie wykazało w sposób jednoznaczny jakoby konsorcjum, do którego należał powód, otrzymało wezwania do uzupełnienia braków z dnia 28 lutego 2012 r. i 1 marca 2012 r. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na pozwanym, który przedłożył jedynie raporty potwierdzeń wiadomości nadanych faksem (vide: k.79v i 89). Nie oznacza to jednak, że strona pozwana wykazała jakoby powód, będący pełn. pozostałych konsorcjantów otrzymał ww. wezwania. Należy podkreślić, że w okresie kiedy były kierowane do konsorcjum wezwania, faks w biurze lidera konsorcjum (...) był uszkodzony i jak zeznał ten świadek nie otrzymał on ww. wezwań. Za prawdziwością zeznań H. P. przemawiają zeznania J. B., która wskazała, że w innych toczących się postępowaniach przetargowych, w tym również z udziałem konsorcjum, do którego należał powód, gdy brak było reakcji na pismo wzywające do uzupełnienia braków, jej koleżanka telefonicznie kontaktowała się z oferentami, na skutek czego braki zostały usunięte w terminie (vide: K-127v). Tak więc można przyjąć, że gdyby lider konsorcjum (...) otrzymał ww. wezwania, uzupełniłby braki w terminie, mając przy tym świadomość utraty wadium w kwocie 80.000zł. Nadto potwierdza fakt nieotrzymania wezwań pismo z dnia 15 marca 2012 r., w którym lider konsorcjum (...) informuje, że nie otrzymał wezwań do uzupełnienia braków (vide: k.40).

Wątpliwość budzi zachowanie pracowników (...) Zarządu (...) z siedzibą w Z., w którym w jednym z postępowań dodatkowo upewniają się telefonicznie czy wezwania o uzupełnienie braków zostało doręczone, a w innych tego nie czynią. Jest co najmniej sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji. Tym bardziej, że w wezwaniach informuje się o tym, że w razie nie dochowania terminów wadium zostanie zatrzymane.

Podstawowym sposobem komunikacji założonym przez stronę pozwaną była postać pisemna przekazywania za pośrednictwem operatorów pocztowych. Zdaniem Sądu w takiej sytuacji forma elektroniczna mogłaby być stosowana tylko wtedy, gdy niezachodziłyby wątpliwości co do skuteczności doręczenia, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

W sprawie będącej przedmiotem niniejszego sporu nie upewniono się czy wezwania do uzupełnienia braków zostały doręczone, ale bardzo szybko wykluczono konsorcjum z udziału w przetargu i zatrzymano wadium.

Mimo powyższych rozważań powództwo nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na przedawnienie roszczenia.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu Sąd oparł na treści art. 98§1 i 3 k.p.c. Stroną przegrywającą powodowie, którzy winni zwrócić stronie pozwanej poniesionej przez nią koszty. Wobec tego, iż strona pozwana była reprezentowana przez radcę Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, zgodnie z art. 11 ust. 3 ustawy o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, koszty zastępstwa procesowego zasądzone lub przyznane Skarbowi Państwa w sprawie, w której zastępstwo procesowe Skarbu Państwa wykonuje Prokuratoria Generalna, przysługują Skarbowi Państwa - Prokuraturii Generalnej. Na koszty składa się wynagrodzenie radcy Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, które winno być ustalone według przepisów o wynagrodzeniu adwokata. Stawka minimalna opłaty za czynności

adwokata przy wartości przedmiotu sporu wynoszącej 80.000 zł stanowi 3.600 zł (§6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie...). W sprawie Prokuraturii Generalnej należy się zwrot kosztów za rozpoznanie sprawy przed sądem I instancji i II instancji, przy czym należy zauważyć, iż fakt, że Sąd I instancji ponownie rozpoznawał sprawę na skutek uchylecia wyroku nie powoduje, że stronie pozwanej należą się dwukrotnie koszty za zastępstwo przed sądem I instancji (tak też postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2012 r. II CZ 40/12, publ. LEX nr 1231319). Rozstrzygając o kosztach procesu Sąd nie przyznał zwrotu stronie pozwanej kosztów za postępowanie zażaleniowe przed Sądem Najwyższym, albowiem zażalenie było niecelowe, zaś zgodnie z art. 98§1 k.p.c., stronie należy się wyłącznie zwrot kosztów celowego dochodzenia praw. Z uwagi na charakter współuczestnictwa powodów, Sąd łącznie zasądził od powodów na rzecz strony pozwanej zwrot kosztów procesu. Reasumując, Sąd zasądził od powodów na rzecz strony pozwanej kwotę 6.300 zł, na którą składa się 3.600 zł zwrotu kosztów zastępstwa przed Sądem I instancji oraz kwotą 2.700 zł stanowiącą 75% stawki za udział w postępowaniu przed Sądem Apelacyjnym.

Mając na uwadze powyższe należało orzec jak w sentencji wyroku.