

Sygn. akt: **VII Ca 343/17**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 października 2017 roku

Sąd Okręgowy w Koszalinie VII Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie następującym:

Przewodniczący: sędzia SO Wiesława Stawczyk (spr.)

Sędziowie: SO Dariusz Jarząbek, SO Ewa Dikolenko

Protokolant: Małgorzata Cabaj

po rozpoznaniu w dniu 17 października 2017 roku w Koszalinie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w C.

przeciwko Skarbowi Państwa – Jednostce Wojskowej (...) w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Rejonowego w Wałczu

z dnia 27 stycznia 2017 roku, sygn. akt I C 784/14

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Wałczu, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

(-) D. Jarząbek (-) W. Stawczyk (-) E. Dikolenko

VII Ca 343/17

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 27 stycznia 2017 r. Sąd Rejonowy w Wałczu oddalił powództwo powódki (...) SA w C. przeciwko pozwanemu Skarbowi Państwa Jednostce Wojskowej Nr (...) w W. o zapłatę oraz zasądził od powódki na rzecz pozwanego kwotę 2.400 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Za podstawę rozstrzygnięcia Sąd ten przyjął następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne: w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr (...) z dnia 18 kwietnia 2013 roku pozwany Skarb Państwa Jednostka Wojskowa Nr (...) w W. - zamieścił ogłoszenie o zamówieniu publicznym pod nazwą „Zakup zaktualizowanych map wektorowych VMap level 2”, obejmujące 6 zadań oraz Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia.

Pismami z dnia 24 kwietnia 2013 roku i 26 kwietnia 2013 roku powódka składała wnioski o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w zakresie doświadczenia podmiotu przystępującego do przetargu i przewidywanego sposobu odbioru arkuszy.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2013 roku pozwany częściowo udzielił wyjaśnień.

Konsorcjum, w skład którego wchodziły: (...) Spółka Akcyjna w C., Przedsiębiorstwo (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K., Przedsiębiorstwo (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ż. i (...) w G., złożyło pozwanemu ofertę w trybie przetargu nieograniczonego. Celem zabezpieczenia wymaganego przez pozwanego wadium, Konsorcjum złożyło gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium.

Pozwany w dniu 9 lipca 2013 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Powódka jako lider konsorcjum złożyła w dniu 18 lipca 2013 roku odwołanie od rozstrzygnięcia pozwanego do Krajowej Izby Odwoławczej. Przed rozpoczęciem rozprawy pozwany uznał odwołanie a uczestniczący w przetargu inni wykonawcy nie wnieśli wobec uznania sprzeciwu. W wyniku powyższego Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 29 lipca 2013 roku umorzyła postępowanie.

Już w czerwcu i lipcu 2013 roku, w związku z zapowiadaną nowelizacją ustawy budżetowej na 2013 rok, w resorcie Obrony Narodowej przeprowadzono wiele czynności, zmierzających do ograniczenia zobowiązań finansowych, o których zawiadomiono (...) w W.. Ograniczenia finansowe spowodowały ograniczenia wydatków Planu Modernizacji Technicznej, a konsekwencji konieczność unieważnienia części procedur zamówień publicznych prowadzonych w tym zakresie.

Pismem z dnia 25 lipca 2013 roku poinformowano (...) w W. o anulowaniu, z powodu nowelizacji budżetu państwa, zakupu opracowań i aktualizacji produktów geograficznych i nakazano unieważnienie wszczętych w tym zakresie postępowań.

W takich okolicznościach w dniu 31 lipca 2013 roku pozwany unieważnił postępowanie w zakresie zadania 2 i 3.

Pismem z dnia 12 września 2013 roku, doręczonym w dniu 16 września 2013 roku, powódka, działając jako lider konsorcjum, zgłosiła pozwanemu roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu w wysokości 21.102,86 zł w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania.

Pozwany pismem z dnia 20 września 2013 roku odmówił zwrotu powódce kwoty 21.102,86 zł z tytułu uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakup zaktualizowanych map wektorowych, wskazując, że unieważnienie postępowania nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a wykonawca nie odwołał się od decyzji pozwanego o unieważnieniu postępowania, tym samym zaakceptował fakt, iż przyczyną unieważnienia była taka zmiana okoliczności, która spowodowała, że prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia nie leżało w interesie publicznym, czego zamawiający nie mógł przewidzieć.

W kolejnym piśmie z dnia 25 września 2013 roku powódka ponownie wezwała pozwanego do zapłaty kwoty 21.102,86 zł, podnosząc, że pozwany nie wykazał, aby brak środków na finansowanie zadań był poza władztwem pozwanego jako statio fisci Skarbu Państwa. Pismem z dnia 9 października 2013 roku pozwany ponownie odmówił zwrotu wskazanej przez powódkę kwoty.

D. D. zatrudniona była u powódki na stanowisku Kierownika (...) na czas nieokreślony z miesięczny wynagrodzeniem w wysokości 6.000 zł, a od dnia 1 marca 2010 roku 7.000 zł. Świadek zajmowała się przygotowaniem oferty. Zajęło jej to około dwóch tygodni przy dwóch godzinach pracy nad ofertą dziennie. Do zakresu jej obowiązków należy również formułowanie ewentualnych merytorycznych zapytań do zamawiającego. Nie kontaktowała się przy przygotowaniu tej oferty z prawnikiem. Firma powódki korzystała natomiast w trakcie postępowania również z porad kancelarii prawnej, kancelaria ta sporządzała odwołanie do KIO. Za swoje usługi wystawiła fakturę na kwotę 18.450 zł brutto.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Rejonowy uznał roszczenie za bezzasadne.

Ustalenia powyższego stanu faktycznego Sąd dokonał przede wszystkim w oparciu o dokumentację zgromadzoną w aktach sprawy, której autentyczność nie budziła wątpliwości. Pomocnymi w ustaleniach były także zeznania świadka D. D.. Ich wiarygodność nie została podważona przez strony, a sam świadek zeznawała w sposób wskazujący na to, że

treść jej zeznań nie była wcześniej ustalana z pracodawcą. Sąd nie miał podstaw by odmówić tym zeznaniom przymiotu wiarygodności.

Przechodząc do rozważań prawnych w pierwszym rzędzie Sąd Rejonowy odniósł się do zarzutu braku legitymacji czynnej po stronie powodowej.

Wskazał, że kwestia przetargów publicznych uregulowana została w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004, Nr 19, poz. 177 ze zm.).

Ustawa ta w art. 23 dopuszcza możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia (ust. 1). Są oni wówczas zobligowani do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (ust. 2), a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1 (ust. 3). Pełnomocnikiem wykonawców może być osoba trzecia, lub lider konsorcjum.

Prawo zamówień publicznych nie definiuje odrębnie „wykonawcy wielopodmiotowego”, lecz wykonawcę (art. 2 pkt 11), w ten sposób, że jest nim osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zatem 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 (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 r., a także m.in. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 listopada 2008 r., KIO/UZP 1235/08 i postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 maja 2008 r., KIO/UZP 380/08).

Sąd dalej wskazał, że łącznym uprawnieniem konsorcjantów jest korzystanie ze środków ochrony prawnej. Z kolei orzecznictwo Zespołu Arbitrów (m.in. postanowienie z dnia 30 czerwca 2005 r., UZP (ZO/o - 1579/05) jak i orzecznictwo ETS (zob. wyrok z dnia 8 września 2005 r., C - 129/04, (...) S.A. i (...) S.A. (S.) v. (...), (...) 2005, nr 8 - 9A, poz. 1 - 07805) wskazuje na niedopuszczalność korzystania ze środków ochrony prawnej przez pojedynczych członków konsorcjum, jeśli taka jest wola ustawodawcy krajowego. We wskazanym wyroku ETS podkreślono, że wykładni art. 1 Dyrektywy Rady 89/665/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, należy dokonywać w ten sposób, iż przepis ten nie sprzeciwia się temu, aby zgodnie z prawem krajowym nie jeden z tych członków indywidualnie, lecz wszyscy razem członkowie spółki powołanej dla osiągnięcia określonego celu (konsorcjum), nieposiadającej jako taka osobowości prawnej, którzy uczestniczyli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie uzyskali tego zamówienia, mogli wnieść skargę na taką decyzję.

Jak wskazał Sąd Rejonowy, powyższe stanowisko przyjęte zostało przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 października 2011 r., w sprawie V CSK 475/10, który stwierdził, że art. 23 prawa zamówień publicznych statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wynika ono przede wszystkim z istoty regulacji ust. 1 i 2 tego przepisu, która przewiduje wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia oraz obowiązek ustanowienia pełnomocnika do ich reprezentacji, a także z systemowego ukształtowania w prawie zamówień publicznych wspólnego ubiegania się przez kilku wykonawców o zamówienie publiczne. To nie wspólnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący spółkę cywilną (konsorcjum), stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W konkluzji Sąd Najwyższy skonstatował, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym (w sprawie powyższej przedmiotem postępowania był zwrot wadium). Nie ma natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym lider konsorcjum.

Sąd podkreślił, że konsorcjum (stosunek obligacyjny kreowany umową), zobowiązuje do określonego w nim uczestnictwa i do oznaczonego w nim działania dla osiągnięcia celu, dla którego umowa została zawarta. Konsorcjanci

zobowiązani są do działań zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum. Wspólność celu staje się nadrzędną cechą tego typu umowy, umowy nienazwanej, wprost nieuregulowanej w kodeksie cywilnym.

W literaturze przedmiotu, co podkreślił Sąd Rejonowy, wskazuje się na podobieństwo konsorcjum do umowy spółki cywilnej, z zasadniczą jednak różnicą, że uczestnicy konsorcjum nie wnoszą wkładów, konsorcjum nie ma wspólnego majątku, nie ma takiej jak spółka cywilna struktury prawno-majątkowej i organizacyjnej, jak również tak ścisłych powiązań partnerów.

Prawna natura konsorcjum przejawia się we wzajemnym zobowiązaniu podmiotów w nim uczestniczących do wspólnego dążenia do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego przez podejmowanie oznaczonych działań.

Sąd zważył, że powódka nie przedstawiła umowy konsorcjum, jak również że nie przystępowała ona do procedury w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego zainicjowanej przez pozwanego, do tej procedury przystępowali wspólnie wszyscy uczestnicy konsorcjum, którzy ustanowili powódkę jego liderem.

Zdaniem Sądu Rejonowego roszczenie o zwrot kosztów poniesionych w związku z udziałem w procesie o udzielenie zamówienia publicznego, zmierzało do ochrony praw uczestnika (konsorcjum), a nie indywidualnie przedsiębiorców to konsorcjum tworzącego. Umowa konsorcjum winna regulować wzajemne zobowiązania uczestników konsorcjum z tytułu zwrotu ewentualnych kosztów udziału w przetargu.

Powódka umowy takiej nie przedłożyła i w ocenie Sądu Rejonowego nie wykazała, że była upoważniona do dochodzenia zwrotu całości poniesionych przez uczestnika przetargu kosztów uczestnictwa.

Aby możliwe było dochodzenie przez lidera konsorcjum całości roszczenia w postępowaniu sądowym, zdaniem Sądu Rejonowego, konieczne byłoby upoważnienie go przez pozostałych partnerów poprzez udzielenie pełnomocnictwa. Powódka pełnomocnictw takich nie przedstawiła. Przede wszystkim nie stanowił takiego upoważnienia dla lidera konsorcjum zakres wykonywanych przez niego czynności. Fakt uiszczania przez lidera konsorcjum opłat i ponoszenia innych kosztów związanych z przygotowaniem oferty, nie czyniło powódki legitymowanej do samodzielnego wystąpienia z przedmiotowym roszczeniem.

W tych okolicznościach, wobec braku legitymacji czynnej powódki, roszczenie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania Sąd Rejonowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Apelację od niniejszego orzeczenia wniosła powódka (...) SA w C., która zaskarżyła wyrok w całości, zarzucając:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 23 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004, Nr 19, poz. 177 ze zm.) poprzez ich błędną wykładnię i uznanie, iż legitymowanym czynnie uczestnikiem procesu o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, unieważnionego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, są wyłącznie podmioty tworzące konsorcjum występujące łącznie, nawet w sytuacji gdy koszty te poniósł wyłącznie jeden członek konsorcjum (tylko on poniósł uszczerbek majątkowy) oraz poprzez przyjęcie, że roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zmierza do ochrony praw wszystkich członków konsorcjum, a nie indywidualnie podmiotów tworzących konsorcjum,
2. naruszenie prawa materialnego, a to przepisu art. 23 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004, Nr 19, poz. 177 ze zm.) poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, iż pełnomocnictwo udzielone przez pozostałych członków konsorcjum jest obligatoryjne do wystąpienia z roszczeniem o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
3. naruszenie prawa materialnego, a to przepisu art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004, Nr 19, poz. 177 ze zm.) poprzez błędną jego wykładnię i uznanie, iż uczestnicy postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego są w każdej sytuacji odpowiedzialni solidarnie, podczas gdy odpowiedzialność członków konsorcjum dotyczy tylko i wyłącznie wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego do wykonania umowy,

4. naruszenie przepisów postępowania - art. 232 k.p.c. w zw. z art. 187 § 2 pkt 3) k.p.c. poprzez przyjęcie, że powódka nie wykazała zakresu swojego umocowania do reprezentowania pozostałych członków konsorcjum, podczas gdy już w pozwie wniosła o „zobowiązanie pozwanego „do przedstawienia kompletnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w 2013 roku pod nazwą „Zakup zaktualizowanych map wektorowych VMap level 2”, w tym oferty złożonej przez powódkę jako lidera konsorcjum”, a w treści oferty załączone było pełnomocnictwo, na którego brak wskazuje Sąd I Instancji,

5. naruszenie prawa materialnego, a to przepisu art. 370 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, iż zawiązanie konsorcjum dla potrzeb ubiegania się o konkretne zamówienie powoduje powstanie wspólnego mienia, którego dotyczyło zobowiązanie wynikające z oferty wspólnej, podczas gdy członkowie konsorcjum nie posiadają wspólnego mienia, a koszt którego zwrotu dotyczy żądanie pozwu poniosła wyłącznie powódka z majątku własnego,

6. naruszenie prawa materialnego, a to przepisu art. 379 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, iż roszczenie dochodzone przez powódkę jest świadczeniem niepodzielnym, podczas gdy z ustaleń dokonanych w toku procesu wynika jednoznacznie, iż roszczenie powódki jest świadczeniem pieniężnym, a więc podzielnym,

7. naruszenie przepisu postępowania - art. 233 k.p.c. poprzez nierozważenie zebranego w sprawie materiału w sposób wszechstronny, przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów poprzez dowolną i wybiórczą ocenę dowodów złożonych w sprawie, w szczególności poprzez uznanie, iż powódka nie przedłożyła umowy konsorcjum podczas gdy po pierwsze dla roszczenia powódki umowa ta miała irrelevantne znaczenie,

8. naruszenie przepisu postępowania - art. 72 § 2 k.p.c. - poprzez przyjęcie, że w sprawie zachodzi współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej,

9. naruszenie przepisu postępowania - art. 195 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie wezwania powódki, aby oznaczyła w wyznaczonym terminie osoby niebiorące udziału w sprawie w taki sposób, by ich wezwanie lub zawiadomienie było możliwe,

10. nierozpoznanie istoty sprawy poprzez zaniechanie zbadania i wyjaśnienia podstawy faktycznej i prawnej powództwa,

11. naruszenie przepisu postępowania - art. 328 § 2 k.p.c. które ma istotny wpływ na wynik sprawy, poprzez niewskazanie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podstawy faktycznej rozstrzygnięcia oraz niewyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa, a w szczególności:

1) brak wyjaśnienia w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku z jakich przyczyn Sąd I instancji pominął kwestie leżące u podstaw powództwa, w szczególności kwestie dotyczące zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, nie wyjaśnienie charakteru prawnego tego roszczenia,

2) brak wyjaśnienia w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, na jakich konkretnie dowodach w szczególności dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy oparł swoje rozstrzygnięcie (str. 5 uzasadnienia wyroku).

W powołaniu na powyższe zarzuty powódka wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania przed Sądem I instancji oraz kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w obu instancjach według norm przepisanych wraz ze zwrotem uiszczonych opłat skarbowej, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na jej rzecz kwoty 17.191,50 zł wraz z odsetkami ustawowymi płatnymi od dnia 1 października 2013r., zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania przed Sądem I instancji oraz kosztów postępowania apelacyjnego,

w tym kosztów zastępstwa procesowego w obu instancjach według norm przepisanych wraz ze zwrotem uiszczonej opłaty skarbowej.

Ponadto na zasadzie art. 390 § 1 k.p.c. powódka wniosła o przedstawienie Sądowi Najwyższego zagadnienia do rozstrzygnięcia „czy w przypadku gdy kilku wykonawców wspólnie ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający unieważni postępowanie z przyczyn leżących po jego stronie, a uzasadnione koszty uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności koszty przygotowania oferty poniósł tylko jeden z tych wykonawców, to czy ten jeden wykonawca może samodzielnie dochodzić roszczeń wobec zamawiającego w oparciu o przepis art. 93 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, czy też zachodzi współuczestnictwo konieczne w rozumieniu przepisu art. 72 § 2 k.p.c.”

W uzasadnieniu apelacji powódka odniosła się do postawionych zarzutów, argumentując ich zasadność.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniosł o jej oddalenie jako bezzasadnej oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

apelacja okazała się słuszna i doprowadziła do uchylenia zaskarżonego orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Wałczu, albowiem Sąd ten nie rozpoznał istoty sprawy.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się jednolicie, że do nierozpoznania istoty sprawy dochodzi wówczas, gdy rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy, gdy zaniechał on zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony, bezpodstawnie przyjmując, że istnieje przesłanka materialnoprawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie.

Do nierozpoznania istoty sprawy przez sąd pierwszej instancji dojdzie w szczególności w razie oddalenia powództwa z uwagi na przyjęcie braku legitymacji procesowej po którejś ze stron albo przyjęcie, że dochodzone roszczenie wygasło lub uległo przedawnieniu, gdy tej oceny sąd drugiej instancji nie podzieli (por. wyroki Sądu Najwyższego z 23 września 1998 r., II CKN 897/97, OSNC 1999, Nr 1, poz. 22; z 14 maja 2002 r., V CKN 357/00, Lex nr 55513).

Sąd Rejonowy stanął na stanowisku, że roszczenie o zwrot poniesionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zmierza do ochrony praw uczestnika (konsorcjum), a nie indywidualnie przedsiębiorców to konsorcjum tworzące. Umowa konsorcjum winna regulować, jak wskazał Sąd Rejonowy, wzajemne zobowiązania uczestników konsorcjum z tytułu zwrotu ewentualnych kosztów udziału w przetargu. Powódka umowy takiej nie przedłożyła i w ocenie Sądu Rejonowego nie wykazała, że jest upoważniona do dochodzenia zwrotu całości poniesionych przez uczestnika przetargu kosztów uczestnictwa.

Stanowisko to zostało wsparte wyrokiem Sądu Najwyższego z 13 października 2011r., V CSK 475/10, Legalis 453513, przywołanym przez Sąd Rejonowy, gdzie uznano, że wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia, które umożliwia udział wykonawcy w takim postępowaniu; stanowi zatem niewątpliwie instytucję właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. postanowienie SN z 7 maja 2010 r., V CSK 456/09). Sąd Najwyższy wskazał, że art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Wynika ono przede wszystkim z istoty regulacji ust. 1 i 2 tego przepisu, która przewiduje wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia oraz obowiązek ustanowienia pełnomocnika do ich reprezentacji, a także z systemowego ukształtowania w prawie zamówień publicznych wspólnego ubiegania się przez kilku wykonawców o zamówienie publiczne. Sąd Najwyższy podkreślił, że to nie wspólnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący spółkę cywilną (konsorcjum), stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie negując niejako ugruntowanego stanowiska wyrażonego w przywołanym wyroku, zdaniem Sądu Okręgowego nie miało ono zastosowania w sprawie i nie mogło uzasadniać błędnego poglądu Sądu pierwszej instancji, opowiadającego

się za współuczestnictwem koniecznym w dochodzeniu roszczeń na gruncie art. 93 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (p.z.p.) (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

O legitymacji procesowej łącznej uczestników konsorcjum możemy mówić tylko jedynie w odniesieniu do etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcie umowy w ramach tego postępowania, a więc także w przedmiocie skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych tą ustawą, np. żądania zwrotu wadium. Przepisy art. 23 p.z.p nie odnoszą się natomiast do postępowania, w którym dochodzone roszczenia wynikają, m.in. z umowy o roboty budowlane zawartej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyroki SN z 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14, Legalis 1180506, z 23 września 2016 r., II CSK 27/16, Legalis 1532461).

W ocenie Sądu Okręgowego brak jest także podstaw do przyjęcia, aby art. 23 p.z.p. odnosił się do postępowania sądowego dotyczącego roszczeń wywodzonych z art. 93 ust. 4 p.z.p., skoro roszczenia te pozostają poza jego zakresem.

Łączna legitymacja (reprezentacja) wykonawców wynika z możliwości wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 23 p.z.p. – co w praktyce przybiera postać konsorcjum. Istota konsorcjum zobowiązuje do określonego w nim uczestnictwa i do oznaczonego działania dla osiągnięcia celu, dla którego umowa zostaje zawarta. Konsorcjanci zobowiązują się do działań zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum. Wspólność celu staje się nadrzędną cechą tego typu umowy (por. wyrok SA w Warszawie z 18 lutego 2009 r., VI ACa 1152/08, Legalis 739522).

W rozpoznawanej sprawie pozwany jako zamawiający 31 lipca 2013r. unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup zaktualizowanych map wektorowych – zadanie 2 i 3, jako podstawę prawną podając art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., albowiem wystąpiła istotna zamiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty (art. 93 ust. 4 p.z.p.).

Przedmiotowe roszczenie nie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało unieważnione, a tym bardziej zawarcia umowy w ramach tego postępowania. Stąd też umowa konsorcjum wygasła wobec braku możliwości osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, odpadnięcia przyczyny (casua), dla której została zawarta.

Dochodzenie zwrotu przedmiotowych kosztów nie może nastąpić w drodze postępowania opartego na środkach ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 p.z.p. (por. Jerzy Pieróg Prawo zamówień publicznych Komentarz Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007).

Wykonawca może natomiast dochodzić zwrotu przedmiotowych kosztów na drodze sądowej. Jest to odpowiedzialność na zasadzie ryzyka (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 7 grudnia 2016 r., I ACa 2025/15, Lex 2179369).

Reasumując, zdaniem Sądu Okręgowego, w przypadku dochodzenia roszczeń z art. 93 ust. 4 p.z.p., brak jest wymogu reprezentacji łącznej wszystkich wykonawców, podstawy prawnej dla takiej legitymacji nie stanowi art. 23 p.z.p., przewidujący możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne, poza zakresem którego pozostaje kwestia unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia i związane z tym unieważnieniem roszczenia.

Z tych też przyczyn Sąd Okręgowy oddalił wniosek powódki o wystąpienie w trybie art. 390 k.p.c. do Sądu Najwyższego z przedstawionym zagadnieniem prawnym jako że nie budziło ono poważnych wątpliwości prawnych.

Przyjmując zatem, że powódka była legitymowana do samodzielnego wystąpienia z żądaniem pozwu, zgadzając się z zarzutami przywołanymi w treści apelacji, zaskarżone orzeczenie podlegało uchyleniu, albowiem Sąd Rejonowy nie rozpoznał istoty sprawy, a mianowicie nie odniósł się do tego co było jej przedmiotem.

Przy ponownym zatem rozpoznaniu sprawy rzeczą Sądu Rejonowego będzie odniesienie się do żądania zwrotu wskazanych kosztów przygotowania oferty, w odniesieniu do już przeprowadzonych, jak też zaoferowanych przez strony dowodów, po zbadaniu materialnoprawnej podstawy żądania.

Z przytoczonych względów Sąd Okręgowy, na podstawie art. 386 § 2 k.p.c., orzekł jak w sentencji, pozostawiając – w oparciu o art. 108 § 2 k.p.c. – rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego Sądowi pierwszej instancji.

/-/ D. Jarząbek /-/ W. Stawczyk /-/ E. Dikolenko

brak podpisu z uwagi

na długotrwały urlop

wypoczynkowy

sędziego