

## Zamówienia publiczne: jak nie stracić wadium

Jagna Kowalczyk-Fudali, [radca prawny Kraków](#), Rödl & Partner

**Utrata wadium powinna nastąpić także w przypadku złożenia przez wykonawcę (w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego) takich dokumentów/oświadczeń, które zostaną uznane za niewystarczające lub nie potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.**

Stwierdził w uchwale z 22 czerwca 2017 o sygn. akt III CZP 27/17 Sąd Najwyższy.

Wadium, wymagane przez zamawiającego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, jest instytucją często spotykaną, a z drugiej strony powszechnie nielubianą. Wykonawcy nie chcą zamrażać swoich środków finansowych na czas niezbędny do rozstrzygnięcia przetargu, często też po prostu nie stać ich na wpłacenie wadium. Ustawa i przepisy wykonawcze określają, w jakich przypadkach wadium jest obligatoryjne, wskazując przy tym, że maksymalna wysokość wadium to 3 proc. wartości zamówienia.

Podstawową funkcją wadium jest zabezpieczenie zawarcia umowy i wyrównanie strat poniesionych przez zamawiającego w przypadku, gdy wykonawca odmówi podpisania umowy. Praktyka pokazała jednak, że może dochodzić do wykorzystania luki w prawie w celu dokonywania zmów przetargowych, mających na celu wybór oferty z najwyższą ceną. Polegało to na tym, że wykonawcy składali oferty niepełne (tj. bez niektórych dokumentów), mając pewność, że zamawiający będzie musiał wezwać ich do uzupełnienia oferty. Po otwarciu ofert i ujawnieniu zaproponowanych cen, wykonawcy, którzy oferowali niższą cenę, mogli bezkarnie wycofać się z przetargu, umożliwiając zawarcie umowy przez wykonawcę droższego i nie tracąc równocześnie wadium.

Aby zapobiec znikom przetargowym, w październiku 2008 r. do art. 46 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej p.z.p.) wprowadzono ust. 4a) o treści:

„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 nieleżących po jego stronie.”

Okazało się jednak, że przepis ten wzbudza kontrowersje co do sytuacji, w których wykonawca uzupełni dokumenty, jednak z ich treści nadal nie będzie wynikało, że spełnia wymagania przetargowe.

Warto zaznaczyć, że warunkiem niezbędnym do zastosowania omawianego przepisu było i nadal jest wcześniejsze wezwanie wykonawcy do złożenia określonych dokumentów, dokonane przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 (obecnie także 3a) p.z.p. W sytuacji gdy zamawiający zatrzyma wadium, a wykonawca będzie uważał, że jest to bezprawne, może dochodzić zwrotu wadium na drodze sądowej. W ramach postępowania sądowego badane są m.in. przesłanki żądania od wykonawcy dodatkowych dokumentów lub oświadczeń oraz ewentualny brak winy po stronie wykonawcy.

Dosłowne brzmienie art. 46 ust. 4a) p.z.p. w wersji obowiązującej do 18 października 2014 r. sugerowało, że utrata wadium jest konsekwencją tylko zupełnej bezczynności po stronie wykonawcy, wezwanego do uzupełnienia swojej oferty. Stworzyło to kolejną możliwość nadużycia ze strony wykonawców. Dla zachowania pozorów aktywności mogli oni składać te same dokumenty co wcześniej lub jakiegokolwiek dokumenty i w ten sposób uniknąć skutku w postaci utraty wadium. Mając na względzie rozbieżności w orzecznictwie i doktrynie, Sąd Apelacyjny w Katowicach, rozpoznając apelację od wyroku zasądającego od zamawiającego wadium, zwrócił się do Sądu Najwyższego z następującym zagadnieniem prawnym: czy „niezłożenie dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego w rozumieniu art. 46 ust. 4a) p.z.p. (...) oznacza tylko przypadek całkowitej bierności (...), czy także obejmuje sytuację, w której wykonawca składa dokument lub oświadczenie, z którego jednak nie wynika potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...)?”

Sąd Najwyższy w uchwale z 22 czerwca 2017 o sygn. akt III CZP 27/17 opowiedział się za wykładnią, zgodnie z którą utrata wadium powinna nastąpić także w przypadku złożenia przez wykonawcę (w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego) takich dokumentów/oświadczeń, które zostaną uznane za niewystarczające lub nie potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 omawianej ustawy.

Sąd Najwyższy powołał się na uzasadnienie projektu ustawy wprowadzającej art. 46 ust. 4a) p.z.p., gdzie jako cel poszerzenia listy przypadków, w których wadium przepada, wskazano zabezpieczenie prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dyscyplinowanie oferentów, zapewnienie ich lojalnego współdziałania z zamawiającym i wypaczenie wyniku procedury zamówieniowej. Sąd Najwyższy wskazał także, że decyzja o zatrzymaniu wadium jest następczo kontrolowana przez sąd powszechny. Dlatego obawa przed subiektywną oceną zamawiającego co do uznania uzupełnienia dokumentów za niewystarczające, nie stanowi wystarczającej przesłanki, aby podjąć odmienną uchwałę.

## **KOMENTARZ EKSPERTA**

**Jagna Kowalczyk-Fudali, radca prawny w krakowskim biurze Rödl & Partner**

Wykonawca działający w dobrej wierze, który stracił wadium, może odwołać się do sądu, występując z pozwem o jego zapłatę i udowadniając okoliczności ekskulpacyjne, tj. takie, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Przykładowo może to być sytuacja, w której zamawiający określił zbyt krótki termin do uzupełnienia dokumentów, sformułował wezwanie czy specyfikację w sposób nieczytelny, albo zażądał dokumentów/ oświadczeń, które nie są niezbędne do przeprowadzenia danego postępowania. Omawiana uchwała Sądu Najwyższego ma zastosowanie do postępowań dotyczących zamówień wszczętych jeszcze przed 18 października 2014 r. Natomiast od 19 października 2014 r. obowiązuje brzmienie przepisu art. 46 ust 4a) u.z.p., które usuwa wątpliwości, w jakich przypadkach następuje utrata wadium. Wykonawcom, którzy nie będą zgodzić się z decyzjami zamawiających co do zatrzymania wadium z powodu niewykonania lub niewystarczającego wykonania wezwania do przedłożenia określonych dokumentów/oświadczeń, pozostanie droga sądowa.

Źródło: <http://www.rp.pl/Firma/305119991-Zamowienia-publiczne-jak-nie-stracic-wadium.html>