

Wadium – zatrzymać czy nie

Jednym z zagadnień wywołujących kontrowersje w sferze zamówień publicznych jest zatrzymanie wadium wykonawcy, który nie uzupełni dokumentów, do czego został wezwany przez zamawiającego. W tej sprawie wypowiedział się niedawno także Sąd Najwyższy (sygn. akt III CZP 27/17). Wprawdzie uchwała ta dotyczyła stanu prawnego sprzed ubiegłorocznej dużej nowelizacji przepisów Prawa zamówień publicznych, stanowi jednak istotny element w dyskusji nad tym zagadnieniem.

W wykonawcy (ubiegający się o zamówienia publiczne) wnoszą wadium w celu zabezpieczenia prawidłowego przebiegu postępowania mającego wyłonić przyszłego kontrahenta instytucji zamawiającej. Chodzi głównie o to, aby zamawiający mógł w pewien sposób dyscyplinować wykonawców i wymagać od nich współdziałania w okresie związania ofertą (czyli od chwili złożenia oferty do wyboru tej najkorzystniejszej).

Podstawą prawną zatrzymania wadium wykonawcy, który nie współpracuje z zamawiającym i nie uzupełnia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie, jest art. 46 ust. 4a ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp). Mimo że przepis ten został wprowadzony do polskiego porządku prawnego ustawą z 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych i innych ustaw, to był on już dwukrotnie modyfikowany – w 2014 oraz 2016 roku. Przywołana uchwała Sądu Najwyższego dotyczyła brzmienia art. 46 ust. 4a Pzp sprzed obydwu nowelizacji. I choć odnosi się ona do nieobowiązującego już stanu prawnego, stanowi cenną wskazówkę dla zamawiających odnośnie do tego, jak postępować z wadium wykonawcy, który nie uzupełnia żądanych dokumentów.

Rozbieżności w orzecznictwie rozwiązane przez Sąd Najwyższy

Sprawa rozstrzygnięta przez Sąd Najwyższy dotyczyła postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w 2013 roku przez jedną z gmin. Przedmiotem zamówienia było zaprojektowanie i wykonanie stałej ekspozycji lokalnego muzeum. W postępowaniu swoją ofertę złożył wykonawca, którego oferta (zgodnie z warunkami SIWZ) została zabezpieczona wadium w wysokości 100 tys. zł. W toku postępowania zamawiający wezwał wykonawcę do

uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (chodziło o wymóg odnoszący się do posiadanej wiedzy i doświadczenia). Uzupełnione na wezwanie dokumenty, zdaniem zamawiającego, wciąż jednak nie potwierdzały spełnienia ustalonego warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji wykonawca został wykluczony z postępowania (brak potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu). Zatrzymano też jego wadium. Wykonawca wystąpił przeciwko gminie na drogę sądową o zapłatę kwoty zatrzymanego wadium.

Sąd I instancji (sąd okręgowy) przyznał rację wykonawcy, twierząc, że sankcja zatrzymania wadium może dotyczyć wyłącznie całkowitej bezczynności podmiotu ubiegającego się o zamówienie. Chodzi o sytuację, w której wykonawca nie uzupełnia jakichkolwiek żądanych dokumentów.

Apelację od wyroku sądu okręgowego złożyła jednak pozwana gmina. Sąd apelacyjny uznał, że przy rozpoznawaniu apelacji wystąpiło zagadnienie prawne budzące wątpliwości i skierował pytanie do Sądu Najwyższego. Istotą zapytania było przesądzenie tego, czy zatrzymanie



**MICHAŁ
WOJCIECHOWSKI**

senior associate
w Praktyce
Infrastruktury
i Energetyki kancelarii
Domański Zakrzewski
Palinka



wadium (w odniesieniu do obowiązującego wówczas art. 46 ust. 4a Pzp) może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji całkowitej bierności wykonawcy wezwanego do uzupełnienia dokumentów, czy też znajdzie zastosowanie także wówczas, gdy ów wykonawca wprawdzie uzupełnia (jakieś) dokumenty, ale nie wynika z nich potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie sąd apelacyjny przywołał przykłady rozbieżnych orzeczeń w tym zakresie – nie tylko sądów powszechnych, lecz także Krajowej Izby Odwoławczej.

W uchwale wydanej 22 czerwca 2017 r. Sąd Najwyższy opowiedział się za drugim z tych poglądów. W uzasadnieniu do uchwały wskazano, że **wykładnia językowa analizowanego przepisu nie pozostawia wątpliwości co do konieczności jego zastosowania także w przypadku, jeżeli uzupełniane dokumenty nie potwierdzają okoliczności, których potwierdzenie jest niezbędne.** Sąd Najwyższy wskazał także, że do przeciwnych wniosków nie prowadzi wykładnia celowościowa analizowanego przepisu (zapobieżenie znikom przetargowym). Co więcej, przyjęcie, że jedynie całkowita bierność podlega temu przepisowi, w żaden sposób nie ograniczyłoby potencjalnych znom przetargowych. Według sądu to wykonawcy – jako profesjonalści – powinni dołożyć należytej staranności na wszystkich etapach postępowania oraz adekwatnie reagować na kolejno ujawniające się okoliczności, które mogą stanąć na przeszkodzie w uzyskaniu zamówienia.

Zatrzymanie wadium w 2017

Uchwała Sądu Najwyższego zachowuje swoją aktualność w pewnym zakresie także przy obecnym brzmieniu art. 46 ust. 4a Pzp, który wprost już mówi o tym, że uzupełniane przez wykonawcę dokumenty mają potwierdzać określone okoliczności. **Przedłożenie zatem innych niż żądane dokumentów będzie stanowiło podstawę do zatrzymania wadium.**



Jednocześnie Sąd Najwyższy (łągając poniekąd wydzwięk przyjętej uchwały) wprost wskazał, że każdy przypadek zatrzymania wadium powinien być analizowany przez zamawiającego indywidualnie – z uwzględnieniem całego kontekstu sytuacyjnego.

W szczególności zamawiający powinien zweryfikować w każdym przypadku (czego obecnie wymaga literalna treść omawianego przepisu), **czy brak uzupełnienia żądanych dokumentów wystąpił z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.** Tylko bowiem w takim przypadku czynność zatrzymania wadium będzie zasadna.

Sąd Najwyższy we wspomnianej uchwale wprost wskazał na **przykładowe okoliczności, które mogą stanowić przyczyny wyłączające możliwość zatrzymania wadium:**

- zakreślenie wykonawcy zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentów,
- sformułowanie przez zamawiającego SIWZ w sposób nieprecyzyjny,
- wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Rozważania Sądu Najwyższego wpisują się tym samym w jedną z naczelnych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego – tj. **zasadę proporcjonalności.** Jej istota (w kontekście problemu zatrzymania wadium) sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy w okolicznościach faktycznych konkretnej sprawy zatrzymanie wadium będzie adekwatną karą dla wykonawcy, który nie uzupełnił dokumentów. Tylko zatem w przypadku twierdzącej odpowiedzi na tak postawione pytanie (najlepiej bez cienia jakichkolwiek wątpliwości, które w każdym przypadku można eliminować, wykorzystując chociażby przewidziany ustawą tryb żądania od wykonawcy wyjaśnień) zatrzymanie wadium będzie zasadne i zgodne z przepisami Pzp. W przeciwnym wypadku pochojna – podjęta w sposób automatyczny decyzja o zatrzymaniu wadium – z dużym prawdopodobieństwem narazi obydwie strony na ciągnące się latami postępowanie sądowe.

Podstawy prawne

- ▶ ustawa z 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych i innych ustaw (Dz.U. z 2008 r. nr 171, poz. 1058)
- ▶ art. 46 ust. 4a ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164; ost. zm. Dz.U. z 2017 r. poz. 933)