

PRACE NAUKOWE

Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu

RESEARCH PAPERS

of Wrocław University of Economics

270

Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy



Redaktorzy naukowi

Tadeusz Kocowski

Janusz Kaspryszyn



Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu
Wrocław 2012

Redaktor Wydawnictwa: Barbara Majewska
Redakcja techniczna i korekta: Barbara Łopusiewicz
Łamanie: Małgorzata Czupryńska
Projekt okładki: Beata Dębska

Publikacja jest dostępna w Internecie na stronach:
www.ibuk.pl, www.ebscohost.com,
The Central and Eastern European Online Library www.ceeol.com,
a także w adnotowanej bibliografii zagadnień ekonomicznych BazEkon
http://kangur.uek.krakow.pl/bazy_ae/bazekon/nowy/index.php

Informacje o naborze artykułów i zasadach recenzowania znajdują się
na stronie internetowej Wydawnictwa
www.wydawnictwo.ue.wroc.pl

Kopiowanie i powielanie w jakiegokolwiek formie
wymaga pisemnej zgody Wydawcy

© Copyright by Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu
Wrocław 2012

ISSN 1899-3192
ISBN 978-83-7695-286-4

Wersja pierwotna: publikacja drukowana

Druk: Drukarnia TOTEM

Spis treści

Wstęp	7
Maciej Guziński , Uczelnia publiczna jako podmiot zamówień publicznych (wybrane zagadnienia).....	9
Krzysztof Horubski , Zmiany składu konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na etapie wykonywania zamówienia	24
Karol Kiczka , Uznanie administracyjne w Prawie zamówień publicznych....	38
Leon Kieres , Prawo zamówień publicznych – dziedzina prawa europejskiego, odrębny system regulacji oraz swoiste ujęcie problemów regulowanych..	54
Tadeusz Kocowski , Wspólni zamawiający oraz wspólni wykonawcy w systemie zamówień publicznych	74
Natalia Milostan , Zielone zamówienia publiczne jako polityka stosowana przy wyborze oferty	91
Piotr Schmidt , Błędna stawka podatku VAT jako błąd w obliczeniu ceny i powód odrzucenia oferty	105
Martyna Sługocka-Kolpaczyńska , Podstawy udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki w świetle art. 67 ust. 1 pkt 3 – Prawo zamówień publicznych.....	121
Piotr Soroka , Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza	131
Małgorzata Stręciwilk , Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a w świetle orzecznictwa	145
Mateusz Winiarz , Definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przedmiocie zamówień publicznych	160

Summaries

Maciej Guziński , Public university as a subject of public procurement (selected problems).....	23
Krzysztof Horubski , Changes of the composition of a consortium in tender procedures and at the initial stage of contract performance	36
Karol Kiczka , Administrative discretion in the public procurement law	53
Leon Kieres , Public procurement law – the area of European law, the separate system of regulation and the specific approach to adjustable problems.....	73
Tadeusz Kocowski , Joint orderers and joint contractors in the system of public procurement	90

Natalia Miłostan , Green public procurement as the policy used in selecting an offer.....	104
Piotr Schmidt , Wrong tax rate as an error in the calculation of prices and the reason of tender rejection.....	120
Martyna Sługocka-Kolpaczyńska , Fundamentals of negotiated public procurement in the light of Art. 67 paragraph 1 point 3 – public procurement law.....	130
Piotr Soroka , Public procurement and economic freedom.....	144
Małgorzata Stręciwilk , Retainment of the tender deposit tender based on Article 46 paragraph 4a in the light of jurisprudence.....	159
Mateusz Winiarz , The definition of the procedure for awarding a public contract and the scope of liability for the breach of public finance discipline in the area of public procurement.....	173

Małgorzata Stręciwilk

Krajowa Izba Odwoławcza

ZATRZYMANIE WADIUM NA PODSTAWIE ART. 46 UST. 4A W ŚWIETLE ORZECZNICTWA

Streszczenie: Artykuł stanowi próbę odniesienia się do instytucji zatrzymania wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, opisanej w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Treść artykułu opiera się przede wszystkim na kierunkach orzeczniczych wytyczanych w tym zakresie przez Krajową Izbę Odwoławczą, a także orzecznictwo sądowe. Dotyka problematycznych kwestii związanych z interpretacją wskazanego przepisu i mających istotne znaczenie, w szczególności wobec wysokiej dolegliwości dla wykonawców wskazanej instytucji.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, wadium, orzecznictwo, uzupełnianie dokumentów i oświadczeń.

1. Wstęp

Instytucja zatrzymania wadium, opisana w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych¹, została wprowadzona do regulacji ustawowych nowelizacją wskazanej ustawy z 2008 r.² Wprowadzony do ustawy przepis, zachowujący do dziś swoją aktualność, wskazuje na konieczność zatrzymania wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dodatkowej sytuacji, która nie powoduje bezpośredniego zagrożenia dla zamawiającego, związanego z niezawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stosowanie tego przepisu w praktyce na przestrzeni ponad 4 lat jego obowiązywania ukazało wiele problemów, zarówno w sferze oceny materialnoprawnej podstawy zatrzymania wadium w oparciu o opisane w art. 46 ust. 4a przesłanki, jak i w sferze możliwości formalnoprawnych dochodzenia swoich praw przez wykonawców w sytuacji nieuprawnionego korzystania przez zamawiającego z tego przepisu. W tych dwóch aspektach

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

² Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 171, poz. 1058).

ukształtowało się już bogate orzecznictwo, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych, w tym sądów okręgowych i apelacyjnych, jak i orzecznictwo Sądu Najwyższego, które warte jest omówienia.

2. Odpowiedzialność związana z instytucją zatrzymania wadium

Zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 tej ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 wskazanej ustawy, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Analiza przywołanego przepisu wskazuje bez żadnych wątpliwości na to, że w tym przypadku mamy do czynienia z dyspozycją przepisu rodzącą po stronie podmiotu zamawiającego pewien obowiązek określonego zachowania w sytuacji wypełnienia przesłanek opisanych we wskazanym przepisie ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zatem ma obowiązek zatrzymania wadium wykonawcy, jeśli ziszczą się przesłanki opisane w art. 46 ust. 4a ustawy. Oznacza to, że zamawiający nie ma w takim przypadku prawa wyboru i możliwości odstąpienia od zatrzymania wadium, jeśli dyspozycja wskazanego przepisu ustawy znajduje swoje wypełnienie. Jest to jego ustawowy obowiązek, którego niewypełnienie może być traktowane jako naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również może być oceniane w świetle innych regulacji ustawowych. Taką regulację zawierają przykładowo przepisy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych³. Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 2 tej ustawy naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niepobranie lub niedochodzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo pobranie lub dochodzenie tej należności w wysokości innej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia. Biorąc pod uwagę powyższą regulację ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zamawiający należący do jednostek sektora finansów publicznych w przypadku niedochodzenia należności z tytułu wadium należnego od konkretnego wykonawcy, który nie uzupełnił żądanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów czy oświadczeń, podlega odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Tym samym też w przypadku jednostek sektora finansów publicznych właściwe postępowanie wobec osób występujących po stronie zamawiającego przy czynnościach związanych z zatrzymaniem wadium ma jeszcze inny wymiar – indywidualnej odpowiedzialności *quasi*-karnej osób, które nie dochodziły należności z tytułu wadium składanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony nieuprawnione zatrzymanie wadium przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia pu-

³ Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. (Dz.U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 ze zm.).

blicznego może skutkować stwierdzeniem w trybie art. 405 k.c. bezpodstawnego wzbogacenia po stronie podmiotu zamawiającego i nakazem zwrócenia wykonawcy w sposób nienależny pobranej kwoty wadium dodatkowo wraz z ustawowymi odsetkami⁴.

Biorąc powyższe pod uwagę niezwykle drażliwą materię stanowi stosowanie przez zamawiających w praktyce art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Kierunki tej praktyki wyznacza orzecznictwo dotyczące instytucji zatrzymania wadium.

3. Materialne przesłanki zatrzymania wadium

W pierwszej kolejności należy odnieść się do materialnoprawnej podstawy zatrzymania wadium w oparciu o art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten powstanie obowiązku zatrzymania wadium przez zamawiającego uzależnia od zaistnienia określonych warunków. Pierwszym podstawowym warunkiem zatrzymania wadium w oparciu o art. 46 ust. 4a ustawy jest uprzednie wezwanie wykonawcy do uzupełnienia brakujących oświadczeń lub dokumentów, a także pełnomocnictw w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy. Drugim warunkiem wymaganym tym przepisem jest nieudowodnienie przez wykonawcę, że takie nieuzupełnienie dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie, tj. po stronie wykonawcy⁵.

Pierwsza materialna przesłanka zatrzymania wadium w oparciu o wskazany przepis nie sprawia w praktyce większych problemów interpretacyjnych. Warto w tym zakresie zwrócić uwagę tylko na to, że wezwanie do uzupełniania określonych dokumentów czy – jak to wprost przepis stanowi – dokumentów lub oświadczeń odnosi się do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten wskazuje na dokumenty o charakterze zarówno podmiotowym, jak i przedmiotowym, które mają potwierdzać bądź spełnianie podmiotowych warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, bądź też to, że określone dostawy, usługi, czy roboty budowlane objęte przedmiotem zamówienia spełniają wymagania zamawiającego określone w warunkach danego zamówienia publicznego. Zakres tych dokumentów określony został przede wszystkim przepisami rozporządzenia wydanego w wykonaniu delegacji ustawowej opisanej w art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych⁶. Przepisy rozporządzenia wydanego w oparciu o przywołaną delegację ustawową wskazują z jednej strony na zamknięty katalog dokumentów podmiotowych (składanych na potwierdzenie spełniania wa-

⁴ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt: I ACa 357/10.

⁵ Por. wyrok KIO z dnia 22 października 2010 r.; sygn. akt: KIO 2225/10 (źródło: www.uzp.gov.pl).

⁶ Wykonanie wskazanej delegacji ustawowej stanowi rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817).

runków udziału w postępowaniu), a z drugiej na otwarty, przykładowy katalog dokumentów przedmiotowych (składanych na potwierdzenie tego, że przedmiot zamówienia spełnia wymogi opisane przez zamawiającego). Nie można przy tym jednak zapominać o tym, że w przypadku zamawiających sektorowych⁷ ustawodawca zastrzegł dla takich podmiotów prowadzących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego możliwość żądania w postępowaniu także dodatkowych dokumentów podmiotowych, które nie zostały wskazane wprost w przepisach przywołanego rozporządzenia stanowiącego wypełnienie delegacji ustawowej z art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W tym zakresie należy wskazać na dyspozycję art. 138 c ust. 1 pkt 1 ustawy, zgodnie z którą zamawiający sektorowy może żądać przedstawienia przez wykonawców także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawcę tych warunków. Jeśli więc dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez zamawiającego sektorowego, a ten żąda w dokumentacji postępowania⁸ innych dokumentów niż wynikające z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r., ma on także prawo skierowania do wykonawcy wezwania do uzupełniania również tych dokumentów, jeśli wykonawca ich nie przedłożył wraz z ofertą czy wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z powyższym także w sytuacji, gdy wykonawca nie uzupełni na żądanie zamawiającego takich dokumentów, negatywny skutek dla wykonawcy, wynikający z art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, ziści się⁹.

W tym zakresie należy także zwrócić uwagę na dyspozycję art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazany przepis odnosi się do stosunkowo nowej w systemie zamówień publicznych instytucji korzystania przez wykonawców z potencjału podmiotu trzeciego do wykazania spełniania określonego rodzaju warunków podmiotowych. W tym przepisie ustawowym wprowadzono jako przykładowy jeden rodzaj dokumentu, który ma potwierdzać możliwość korzystania z określonego rodzaju potencjału podmiotu trzeciego, a w efekcie spełnianie warunków podmiotowych przez wykonawcę. Ten dokument to pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia określonych zasobów wykonawcy. W doktrynie i orzecznictwie przyjął się także pogląd, że również ten dokument podlega, w przypadku jego braku w ofercie lub wniosku wykonawcy, obowiązkowemu wezwaniu do uzu-

⁷ Podmioty zamawiające, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy i ich związku, oraz podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4, jeśli udzielane przez nich zamówienie jest zamówieniem sektorowym, tj. zamówieniem, o którym mowa w rozdziale 5 działu III ustawy Prawo zamówień publicznych (udzielane w celu wykonywania określonego rodzaju działalności (art. 132 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych)).

⁸ Ogłoszenie o zamówieniu albo Specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

⁹ Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku KIO z dnia 22 października 2010 r.; sygn. akt: KIO 2225/10.

pełnienia go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych¹⁰. Tak więc jeśli wykonawca nie wywiąże się z obowiązku wypełnienia takiego wezwania oczywiście będzie także następstwo takiego zachowania wykonawcy, wynikające z art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oprócz dokumentów podmiotowych i przedmiotowych ustawodawca przewidział także obowiązek po stronie zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia braków w zakresie dokumentu pełnomocnictwa. Tak więc jeśli wykonawca na wezwanie zamawiającego nie uzupełni dokumentu czy też dokumentów potwierdzających umocowanie określonych osób, określonej osoby czy też podmiotu do działania w imieniu wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, również może liczyć się z określoną dotkliwością w postaci zatrzymania wadium.

Nie ma zatem wątpliwości, że dla zaistnienia określonych, przewidzianych w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, następstw, konieczne jest skierowanie przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, adresowanego do wykonawcy. Nie ma tutaj także żadnych wątpliwości, że wezwanie kierowane przez zamawiających do wykonawców w trybie art. 26 ust. 4 tej ustawy, tj. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów i oświadczeń, nie będzie wchodziło w zakres rozważań co do skutków wynikających z art. 46 ust. 4a ustawy. Orzecznictwo dotyczące zamówień publicznych wyraźnie wyznacza taki kierunek interpretacji art. 46 ust. 4a ustawy, który wskazuje na jasność i konkretność kierowanego do wykonawców wezwania do uzupełniania dokumentów i oświadczeń. Tylko niewypełnienie precyzyjnego wezwania do uzupełnienia dokumentów powinno rodzić skutek w postaci zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy. Niekiedy nawet brak precyzji po stronie zamawiającego w formułowaniu żądań uzupełnienia określonych oświadczeń czy dokumentów może nie powodować negatywnych skutków prawnych dla wykonawcy w postaci zatrzymania wadium¹¹.

Warto także podkreślić, że wyłącznie zasadne wezwanie do uzupełnienia dokumentów kierowane przez zamawiającego do wykonawców może stanowić podstawę do zatrzymania wadium, jeśli wykonawca nie wykona takiego wezwania. Podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 marca 2011 r.¹², wskazując, że jedynie wnikliwa analiza przez zamawiającego, czy w danym przypadku zaistniała formalnoprawna podstawa do skierowania wezwania do uzupełniania dokumentów, może stanowić podstawę do zatrzymania wadium. Jeśli więc zamawiający w sposób nieuzasadniony uznał, że np. określony dokument podmiotowy

¹⁰ Por. *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych. Zeszyt nr 7*, pod red. M. Stręciwilk, Warszawa 2011, teza nr 130, s. 80-81.

¹¹ Takie stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r.; sygn. akt: I ACa 357/10.

¹² Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 465/11.

nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, uznając tym samym, że złożony wraz z ofertą czy wnioskiem dokument zawiera błędy i wezwał wykonawcę do uzupełniania braku, mimo że złożony uprzednio dokument był wystarczający dla potwierdzenia spełnienia tego warunku, nie ma prawa zatrzymać wykonawcy wadium w przypadku braku uzupełnienia przez wykonawcę nowego dokumentu. Przed podjęciem decyzji w tym zakresie, nawet jeśli wykonawca nie wykonał wezwania do uzupełniania braków, zamawiający powinien samodzielnie zweryfikować swoją decyzję o żądaniu uzupełnienia dokumentu, a tym samym także możliwości zatrzymania wadium wykonawcy.

Drugą okolicznością, która powinna być brana pod uwagę przy ocenie zasadności zatrzymania wadium wykonawcy w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, jest udowodnienie, że nieuzupełnienie braków na wezwanie zamawiającego wynika z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy. Z dyspozycji wskazanego przepisu wynika możliwość dowodzenia przez wykonawcę, że nieuzupełnienie przez niego określonych, żądanych przez zamawiającego dokumentów było od niego w jakiś sposób niezależne. Przepis ten nie wskazuje momentu ani sposobu, w jaki miałyby powyższe być dowodzone przez wykonawcę. Sama procedura udzielenia zamówienia publicznego nie przewiduje też wprost takiej możliwości dla wykonawcy. Zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych: zamawiający wzywa do uzupełnienia określonych dokumentów, wykonawca nie wykonuje wezwania i zamawiający bez jakiegokolwiek dodatkowej procedury dokonuje zatrzymania wadium, tj. zalicza na swój rachunek kwotę pieniężną uiszczoną przez wykonawcę tytułem wadium, bądź też rozpoczyna procedurę pozyskania odpowiedniej sumy pieniężnej z dokumentu wadialnego (np. gwarancja bankowa czy ubezpieczeniowa) za pośrednictwem gwaranta. Udział wykonawcy w tych czynnościach zasadniczo jest zbędny. Jedynie praktyką stało się, że w takiej sytuacji zamawiający informują wykonawców o czynności zatrzymania wadium, formułując w tym zakresie uzasadnienie faktyczne i prawne, choć takie nie jest wprost wymagane mocą obowiązujących przepisów prawa. Jednakże ze względu na daleko idące skutki i znaczną dolegliwość w tym zakresie dla wykonawców taki właśnie sposób zachowania podmiotom zamawiającym jest zalecany¹³. Generalnie jednak brak jest w tym zakresie określonego rodzaju procedury przewidzianej przepisami prawa, pozwalającej wykonawcy w odpowiednim czasie na przedłożenie zamawiającemu dowodów czy wykazanie okoliczności na potwierdzenie tego, że wykonawca nie uzupełnił żądanych dokumentów z przyczyn niezależnych od niego. Biorąc powyższe pod uwagę z jednej strony wykonawcy, otrzymując wezwanie do uzupełnienia dokumentów, powinni w przypadku braku możliwości ich uzupełnienia już na tym etapie postępowania przekazać zamawiającemu określone wyjaśnienia czy konkretne dowody, które usprawiedliwiłyby ich sposób zachowania. Z drugiej jednak strony wydaje się także zasadne, iż zamawiający, samodzielnie dokonując oceny podstaw do za-

¹³ Por. wyrok KIO z dnia 27 września 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1990/10.

trzymania wadium, nie może też pominąć określonych okoliczności czy też wiedzy dotyczącej tych okoliczności, które wskazywałyby na ewentualne usprawiedliwione zwolnienie się od negatywnych dla wykonawcy skutków zatrzymania wadium.

W orzecznictwie wskazuje się także, że „przyczyny nieleżące po stronie wykonawcy”, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, nie muszą być zawsze przez wykonawcę zawinione, gdyż przywołane pojęcie jest szersze aniżeli pojęcie „winy”. Przyczyny nieleżące po stronie wykonawcy nie muszą wynikać z winy wykonawcy, mogą one bowiem być wynikiem działania np. osób trzecich, podmiotów czy też działania siły wyższej¹⁴. W tym zakresie można przywołać bardzo liberalne stanowisko Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, który rozpoznając w drugiej instancji sprawę o zapłatę kwoty zatrzymanego przez zamawiającego wadium, uchylił orzeczenie sądu okręgowego wydanego w tej sprawie o oddalenie powództwa i zasądził na rzecz strony powodowej od zamawiającego kwotę wadium nienależnie zatrzymanego w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych wraz z ustawowymi odsetkami¹⁵. Sąd Apelacyjny w tej sprawie podkreślił, że nie istniały podstawy do zatrzymania przez zamawiającego wadium od wykonawcy z uwagi na to, że w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentu – zapytania o udzielenie informacji o podmiocie zbiorowym z Krajowego Rejestru Karnego, wykonawca wystąpił niezwłocznie do Sądu Okręgowego z zapytaniem o udzielenie tej informacji (trzeciego dnia od otrzymania wezwania), jednocześnie też, uzyskując w Sądzie informację o 7-dniowym terminie załatwienia tej sprawy, o czym poinformował zamawiającego. W związku z powyższym wykonawca w wyznaczonym przez zamawiającego terminie nie uzupełnił dokumentu. Istotną kwestią w tej sprawie była również okoliczność, iż uzupełniany dokument nie mógł być opatrzony datą wsteczną (datą z upływu terminu składania ofert) i nie mógł potwierdzać informacji na tę wsteczną datę. Dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie wskazuje, iż uzupełniane dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a takim dokumentem jest niewątpliwie informacja o niekaralności podmiotów zbiorowych¹⁶, mają potwierdzać spełnianie warunków nie później niż na dzień składania ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Mimo to Sąd Apelacyjny w omawianej sprawie uznał, że powyższe wykazane przez wykonawcę okoliczności, uzasadniające nieuzupełnienie przez niego dokumentu z KRK, mogą eskulpować wykonawcę w zakresie skutków zatrzymania wadium. Sąd w tej sprawie dość liberalnie stwierdził, że mamy do czynienia z nieuzupełnieniem dokumentów z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy.

Podobne, dość liberalne podejście w tej kwestii miał również Sąd Okręgowy w Warszawie rozpoznający sprawę jednego z wykonawców, któremu zamawiają-

¹⁴ Por. wyrok KIO z dnia 25 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 1002/11, LEX nr 841118, wyrok KIO z dnia 17 listopada 2010 r.; sygn. akt: KIO/UZP 2396/10.

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt: IACa 357/10.

¹⁶ Patrz art. 24 ust. 2 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych.

cy dokonał zatrzymania wadium w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych¹⁷. Sąd w tej sprawie zabezpieczył roszczenie wykonawcy przeciwko towarzystwu ubezpieczeniowemu i zamawiającemu w związku z wezwaniem przez zamawiającego skierowanym do gwaranta do realizacji gwarancji wadialnej tego wykonawcy. Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie uznał, że uzasadnienie do podjęcia takiego rozstrzygnięcia w sprawie stanowi okoliczność uprawdopodobnienia przez wykonawcę, że zamawiający nie miał podstaw faktycznych ani prawnych do wezwania gwaranta do realizacji gwarancji wadialnej i żądania zapłaty kwoty 2 000 000 zł wadium. W uzasadnieniu tego orzeczenia stwierdzono, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, wykonawca złożył szereg dokumentów, a dodatkowo przedłożył w tym zakresie zamawiającemu wyjaśnienia. Powyższe nie dawało zatem zamawiającemu podstaw do zatrzymania wadium. Według Sądu przedłożone przez wykonawcę dokumenty „uprawdopodobniają, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie miała miejsca sytuacja, żeby uprawniony [wykonawca] w ogóle (fizycznie) nie uzupełnił wymaganych dokumentów”. Sąd Okręgowy w Warszawie w przedmiotowej sprawie, odnosząc się do przesłanek zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, oparł się jedynie na fizycznym uzupełnieniu określonych dokumentów przez wykonawcę na żądanie zamawiającego, nie dokonując oceny ich prawidłowości.

Na wskazanym przykładzie orzecznictwem, dokonując jednocześnie analizy przesłanek materialnoprawnych zatrzymania wadium w oparciu o art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, należy także zwrócić uwagę na najistotniejszą kwestię, a mianowicie, co należy rozumieć przez wskazanie, że wykonawca: „nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw”. Ustawodawca posłużył się tutaj pojęciem: „niezłożenia” określonych dokumentów. Orzecznictwo i doktryna wskazały natomiast na kierunki rozumienia tego pojęcia. Powszechnie podkreśla się w tym zakresie, że sformułowanie to należy rozumieć literalnie, tj. poprzez odniesienie do faktycznego, fizycznego niezłożenia żądanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, dokumentu¹⁸. W orzecznictwie wskazuje się również na sytuacje, w których dochodzi do fizycznego uzupełnienia żądanego

¹⁷ Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 lipca 2011 r., sygn. akt: XXIV Co 47/11 (źródło: protokół z posiedzenia i rozprawy w sprawie KIO 1444/11).

¹⁸ Taki pogląd wyrażany był wielokrotnie w doktrynie zob. m.in. J.E. Nowicki, *Problemy z zatrzymaniem wadium*, „Monitor Zamówień Publicznych” 2011, nr 7, s. 22-24; I. Skubiszak-Kalinowska, *Wezwanie do uzupełnienia dokumentów, przesłanki zatrzymania wadium*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2009, nr 8, s. 52; D. Szczepański, *Możliwość aneksowania umowy*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2008, nr 12, s. 28-29; M. Wieczorek, *Wyłączenie możliwości zatrzymania wadium*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2011, nr 7, s. 50-57, a także w orzecznictwie, przykładowo: wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt: I ACa 357/30, wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1605/11, KIO 1616/11, KIO 1619/11 i KIO 1630/11, wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1221/11, wyrok KIO z dnia 19 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2413/10.

przez zamawiającego dokumentu, jednakże czynność ta sprowadza się do celowego uzupełnienia dokumentu przez wykonawcę w sposób nieprawidłowy (działanie *freudem lege*)¹⁹. Trudno jednak dokonać generalnej oceny, co oznacza to celowe uzupełnienie dokumentu w sposób nieprawidłowy. Powyższe powinno być oceniane w konkretnych okolicznościach danej sprawy. Wydaje się także zasadne dokonywanie takiej oceny w kontekście celu, jaki przyświecał ustawodawcy przy powołaniu do życia normy z art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Powszechnie wskazuje się na cel tego przepisu, biorąc pod uwagę uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r.²⁰ Zgodnie z powyższym, celem tego przepisu było zapobieżenie sytuacjom, w których „grupa wykonawców działających w porozumieniu może powodować, iż zamówienie udzielane jest działającemu w porozumieniu wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów, a następnie po zapoznaniu się z ofertami konkurentów bez poniesienia konsekwencji wycofać się z postępowania, podlegając jedynie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Celem regulacji zawartej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił żądanych dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, z sytuacją wykonawców, którzy uchylają się od zawarcia umowy bądź nie wnoszą zabezpieczenia należytego wykonania umowy”. Wydaje się, że kierunek interpretacyjny, aby dla stwierdzenia zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium w oparciu o dyspozycję art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych brać pod uwagę sytuację, w której wykonawca przedkłada na żądanie zamawiającego jakiś dokument, ale zawiera on pewne braki (np. nie został złożony we właściwej formie, nie potwierdza okoliczności najpóźniej na dzień składania ofert czy wreszcie nie potwierdza spełniania warunków ani tego, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z opisem zawartym w specyfikacji albo przedłożone pełnomocnictwo jest wadliwe) jest słuszny, o ile jednocześnie możemy stwierdzić zaistnienie określonych, uzasadnionych podstaw do uwiarygodnionego podejrzenia zmywu przetargowej. W każdej innej sytuacji przedłożenie przez wykonawcę dokumentu, nawet wadliwego, należałoby uznać za przesłankę niweczącą możliwość zatrzymania wadium. Za wyjątkową można by co najwyżej uznać sytuację, w której wykonawca jedynie dla pozoru uzupełnia dokument w celu zwolnienia się z uciążliwego skutku zatrzymania wadium (np. zamawiający żąda uzupełnienia dokumentu o niekaralności, a wykonawca przedkłada dokument z Urzędu Skarbowego albo jeszcze raz dokument wadliwy zamieszczony pierwotnie w ofercie).

Istotną kwestią, nad którą wielokrotnie pochylała się Krajowa Izba Odwoławcza w tym aspekcie, było uzupełnianie dokumentów podmiotowych, które nie potwier-

¹⁹ Tak w wyroku KIO z dnia 24 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1712/31, KIO 1714/11, KIO 1718/11 i KIO 1719/11, czy też wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 2805/10 i KIO/UZP 2810/10.

²⁰ Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień oraz niektórych innych ustaw – www.sejm.gov.pl.

dzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach jednolicie prezentuje pogląd, że z punktu widzenia badania podstaw do zatrzymania wadium w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych należy oddzielić kwestię złożenia dokumentów w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów od oceny spełniania przez wykonawcę warunków podmiotowych (okoliczności, czy uzupełnione dokumenty potwierdzają spełnianie tych warunków). Okoliczność, że wykonawca pozostawał w błędnym przekonaniu, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie może skutkować zatrzymaniem wadium w oparciu o wskazany przepis, lecz wyłącznie implikuje skutek dla wykonawcy w postaci wykluczenia go z postępowania²¹. Literalna wykładnia wskazanego przepisu oraz jego restrykcyjny charakter nie pozwalają zamawiającemu na zatrzymanie wadium w sposób automatyczny w sytuacji niepotwierdzenia przez uzupełnione dokumenty spełniania warunków udziału w postępowaniu²².

4. Formalnoprawna ochrona wykonawców w przypadku zatrzymania wadium

Kolejną ważną kwestią z punktu widzenia rozważań na temat instytucji zatrzymania wadium w praktyce orzeczniczej jest ustalenie ochrony prawnej dla wykonawców w sytuacji nieuprawnionego zatrzymania wadium przez zamawiających. W tym zakresie można zaobserwować, że orzecznictwo na przestrzeni ponad czterech lat obowiązywania analizowanego przepisu znacznie ewoluowało. W pierwszym okresie obowiązywania art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych wskazywało, że czynność zatrzymania wadium w oparciu o wskazaną podstawę prawną nie jest czynnością podejmowaną *stricte* w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stąd też środki ochrony prawnej przewidziane w tej ustawie²³ w odniesieniu do tej czynności nie przysługiwały²⁴. Wskazywało się tam, że zatrzymanie wadium nie jest czynnością podejmowaną w postępowaniu i bezpośrednio z nim związaną, ponieważ ma charakter akcesoryjny, stanowi jedynie następstwo czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania. Podkreślano, że czynność ta może być rozpatrywana jedynie w kategoriach roszczenia cywilnoprawnego, składanego do właściwego

²¹ Tak KIO w wyroku z dnia 24 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1712/11, KIO 1714/11, KIO 1718/11 i KIO 11719/11.

²² Tak KIO w wyroku z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1605/11, KIO 1616/11, KIO 3619/11 i KIO 1630/11 oraz podobnie wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1221/11; wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1134/11; wyrok KIO z dnia 19 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2413/10.

²³ Aktualnie odwołanie i skarga na orzeczenie KIO, a w poprzednim stanie prawnym przed 29 stycznia 2010 r.: protest, odwołania i skarga na orzeczenie KIO.

²⁴ Taki pogląd był prezentowany m.in. w wyroku KIO z dnia 17 lipca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 852/09, w wyroku KIO z dnia 1 lipca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 755/09, czy też w wyroku KIO z dnia 17 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1641/10.

sądu powszechnego²⁵. Potwierdzenie takiego poglądu znalazło także swoje miejsce w stanowisku doktryny²⁶.

W takich sytuacjach Krajowa Izba Odwoławcza oddalała odwołania lub zarzut zatrzymania wadium z uwagi na brak interesu po stronie wykonawcy wnoszącego odwołanie. Interes we wniesieniu środka ochrony prawnej utożsamiany jest bowiem z interesem w uzyskaniu przez wykonawcę danego zamówienia publicznego, kiedy to dochodzi do jakiegoś uszczerbku w tym interesie, związanego z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie przez niego określonych czynności w tym postępowaniu bądź też dopuszczeniem się zaniechań. Skoro czynność zatrzymania wadium nie była postrzegana jako podejmowana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tylko niejako obok tego postępowania, interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia poprzez dokonanie tej czynności nie mógł doznać uszczerbku.

Podobne stanowisko było prezentowane również przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który wystąpił do Sądu Najwyższego ze skargą kasacyjną na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 16 lipca 2009 r.²⁷ W skardze tej Prezes Urzędu wskazał na potrzebę wykładni przez Sąd Najwyższy przepisów prawa budzących poważne wątpliwości, tj. przede wszystkim art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z ówczesnie obowiązującym art. 180 ust. 1 ustawy, wskazującym na możliwość złożenia protestu²⁸ na czynności zamawiającego podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, któremu to przepisowi obecnie odpowiada także art. 180 ust. 1 ustawy, odnoszący się do złożenia odwołania. Prezes Urzędu w uzasadnieniu swojego stanowiska podkreślił, że w katalogu podstaw do wniesienia protestu nie mieści się instytucja zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy, gdyż nie jest ona czynnością podjętą przez zamawiającego w postępowaniu. Przez czynność taką należy bowiem rozumieć takie działanie zamawiającego, które wywołuje w tym postępowaniu skutki prawne. Chodzi zatem tylko o takie czynności zamawiającego, które w sposób wiążący uczestników postępowania oddziałują na jego tok lub status wykonawcy w postępowaniu w taki sposób, że wpływają lub mogą wpłynąć na możliwość uzyskania zamówienia. Prezes podkreślał, że zatrzymanie wadium nie wywołuje żadnych takich skutków prawnych w postępowaniu, w szczególności skutków dotyczących interesu prawnego²⁹ wykonawcy w uzyskaniu zamówienia. W uzasadnieniu skargi

²⁵ Tak m.in. w wyroku KIO z dnia 3 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 31/10, w wyroku KIO z dnia 24 lipca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 877/09, czy w wyroku KIO z dnia 3 lipca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 786/09, w wyroku KIO z dnia 20 kwietnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 449/09.

²⁶ Patrz: D. Szczepański, *Protesty i odpady*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2009, nr 11, s. 36-37.

²⁷ Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 16 lipca 2009 r., sygn. akt: XXIX Ga 268/09, wydany w sprawie wyroku KIO z dnia 22 maja 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 599/09 – www.uzp.gov.pl.

²⁸ Aktualnie odwołania.

²⁹ Aktualne przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszą się jedynie do interesu wykonawcy, a nie interesu prawnego (art. 179 ust. 1 ustawy).

kasacyjnej wskazywano, że czynność zamawiającego, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy, dokonywana jest niejako poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, zaś pomiędzy zatrzymaniem wadium a możliwością uzyskania zamówienia nie można doszukać się bezpośredniego związku przyczynowo-skutkowego, co z kolei wskazuje na to, że zatrzymanie wadium nie jest tożsame z czynnością zamawiającego podjętą w postępowaniu, wobec której ustawa Prawo zamówień publicznych wprowadza prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wskazano tam ponadto, że wytoczenie powództwa cywilnego w tym zakresie umożliwi wykonawcy lepszą ochronę jego interesu majątkowego poprzez możliwość rozpatrzenia sprawy przez sąd w dwóch instancjach, możliwość ponownego rozpatrzenia sprawy czy też możliwość ewentualnego wniesienia skargi kasacyjnej od orzeczenia drugiej instancji³⁰.

Wskazana skarga kasacyjna Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stała się podstawą do wydania przywoływanego wielokrotnie orzeczenia Sądu Najwyższego. Było to postanowienie z dnia 7 maja 2010 r. (sygn. akt: V CSK 456/09), odmawiające przyjęcia do rozpoznania wskazanej skargi kasacyjnej Prezesa UZP. Pomimo tego formalnego stanowiska w sprawie skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu, Sąd Najwyższy wskazanym orzeczeniem doprowadził do odwrócenia dotychczasowej praktyki orzeczniczej w przedmiocie zarzutów podnoszonych w ramach środków ochrony prawnej, dotyczących zatrzymania wadium. Sąd Najwyższy bowiem pomimo odmówienia przyjęcia skargi kasacyjnej Prezesa UZP dokonał – niejako na marginesie – rozstrzygnięcia kwestii problematycznej podniesionej w tej skardze. Stwierdził mianowicie, że zmiana art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wprowadzona od dnia 29 stycznia 2010 r. znacznie zmieniła sytuację związaną z postrzeganiem czynności zatrzymania wadium. Według Sądu Najwyższego obecnie nie można mieć już żadnych wątpliwości, że czynność ta (zatrzymania wadium) mieści się w sformułowaniu czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sąd Najwyższy wskazał, że w obecnym stanie prawnym wniesienie wadium jest elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwia ono bowiem branie udziału wykonawcy w takim postępowaniu i stanowi instytucję właściwą dla tego postępowania. To z kolei wskazuje – zdaniem Sądu – na przyjęcie stanowiska, że wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej uregulowane w ustawie Prawo zamówień publicznych co do czynności zatrzymania wadium w oparciu o art. 46 ust. 4a ustawy. Co do stanowiska Sądu Najwyższego stwierdzić należy, że może ono budzić pewne poczucie niedosytu i pewnego żalu, że Sąd ten nie zajął się wskazanym problemem dogłębnie, rozstrzygając istotną problematyczną kwestię jedynie na marginesie formalnego podjętego w tym zakresie rozstrzygnięcia.

Niezależnie jednak od powyższego, dzieląc stanowisko Sądu Najwyższego, iż zatrzymanie wadium mieści się w zakresie czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Krajowa Izba Odwoławcza, rozpo-

³⁰ Źródło: akta sprawy SN, sygn. akt: V CSK 465/09.

znając obecnie sprawy odwołań, w których podnoszone są zarzuty bezpodstawnego zatrzymania wadium w postępowaniu przez zamawiającego, rozstrzyga o wypełnieniu bądź niewypełnieniu w danym stanie faktycznym przesłanek do skutecznego zatrzymania wadium wykonawcy w oparciu o art. 46 ust. 4a ustawy. Izba jednak nawet w przypadku potwierdzenia się takich zarzutów odwołania nie uwzględnia odwołania i nie nakazuje zamawiającemu przykładowo zwrotu na rzecz wykonawcy określonej kwoty niezasadnie pobranej tytułem zatrzymania wadium. Potwierdzenie się takiego zarzutu odwołania nie może być podstawą do uwzględnienia odwołania z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten stanowi bowiem, że Izba może uwzględnić odwołanie jedynie wówczas, gdy stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba uznaje w takich sytuacjach, że stwierdzenie bezzasadności decyzji zamawiającego o zatrzymaniu wadium wykonawcy nie ma żadnego znaczenia dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do którego to pojęcia odwołuje się przywołany przepis ustawy Prawo zamówień publicznych. Za wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można bowiem uznać jedynie wpływ na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i ewentualne decyzje zamawiającego wiążące się z tą czynnością w postępowaniu, tj. ewentualnie czynność bądź zaniechanie dokonania czynności wykluczenia danego wykonawcy z postępowania czy też odrzucenia jego oferty. Za wynik postępowania należałoby także uznać czynność czy też zaniechanie dokonania czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sama czynność faktycznego zatrzymania wykonawcy wadium przez zamawiającego podjęta w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma żadnego wpływu na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, czynność odrzucenia oferty, wykluczenia wykonawcy z postępowania, czy też czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zatem może dokonywać oceny zasadności czynności zatrzymania wadium przez zamawiającego jedynie w kontekście zaistnienia podstaw formalnoprawnych, tj. przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a ustawy, uznając, że dyspozycja wskazanego przepisu w konkretnym stanie faktycznym znajduje zastosowanie bądź takiego zastosowania nie znajduje. Taki zakres rozstrzygnięcia Izby pozwala zatem na ewentualne skuteczne ubieganie się przez wykonawcę o zwrot niezasadnie zatrzymanego wadium przez zamawiającego na drodze sądowej, tj. cywilnoprawnego roszczenia³¹.

5. Podsumowanie

Przedstawiając powyższe problemy z interpretacją art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych w świetle orzecznictwa przede wszystkim Krajowej Izby

³¹ Tak KIO w wyroku z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1605/11, KIO 1616/11, KIO 1619/11 i KIO/1630/11, por. także wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 536/11, czy też wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 2805/10 i KIO/UZP 2810/10.

Odwoławczej, ale również sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, nie sposób oprzeć się wrażeniu, że stosowanie tego przepisu w praktyce nie znajduje żadnego uzasadnionego przypadku w kontekście celu, dla którego przepis ten został przyjęty. Praktyka orzecznicza nie zna aktualnie takiego przypadku, w którym zatrzymanie wadium miałyby znaczenie z punktu widzenia konkretnej umowy cenowej wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Może to wskazywać, że przywołany przepis ustawy nie realizuje założonych przez ustawodawcę celów, a co najwyżej we wskazanym zakresie pełni rolę odstraszającą. Niezależnie od powyższych okoliczności należy wskazać na negatywne skutki stosowania tego przepisu zarówno dla wykonawców, jak i dla podmiotów zamawiających. W przypadku zamawiających bowiem podmioty te w sytuacji stwierdzenia przez sąd powszechny nadużycia tego przepisu zmuszone są do zwrotu na rzecz wykonawcy nie tylko kwoty wadium niezasadnie zatrzymanej, ale również ustawowych odsetek za czas do wydania przez sąd powszechny wiążącego orzeczenia w tej sprawie. Z punktu widzenia wykonawców stosowanie wskazanego przepisu w praktyce stanowi niewątpliwą i istotną dolegliwość z punktu widzenia gospodarczego. Instytucja zatrzymania wadium w oparciu o dyspozycję art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych wskazywana była w raporcie Business Centre Club z dnia 11 października 2010 r.³² jako jedna z najistotniejszych barier finansowych dla wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych też względów, jak również z uwagi na problematyczne kwestie wykładani tego przepisu w praktyce i znikomej wartości tego przepisu dla systemu zamówień publicznych z punktu widzenia realizacji celów zamierzonych przez ustawodawcę, wydaje się zasadne postulowanie wykreślenia wskazanego przepisu ustawy Prawa zamówień publicznych.

Literatura

- Nowicki J.E., *Problemy z zatrzymaniem wadium*, „Monitor Zamówień Publicznych” 2011, nr 7.
Skubiszak-Kalinowska I., *Wezwanie do uzupełnienia dokumentów, przesłanki zatrzymania wadium*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2009, nr 8.
Szczepański D., *Możliwość „aneksowania” umowy*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2008, nr 12.
Szczepański D., *Protesty i odpady*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2009, nr 11.
Wieczorek M., *Wyłączenie możliwości zatrzymania wadium*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2011, nr 7.

³² Źródło: www.bcc.pl.

RETAINMENT OF THE TENDER DEPOSIT TENDER BASED ON ARTICLE 46 PARAGRAPH 4A IN THE LIGHT OF JURISPRUDENCE

Summary: The article attempts to refer to the institution of retaining deposit in the proceedings for granting public procurement defined by Article 46 paragraph 4a of Public Procurement Law. The content of the article is based mainly on jurisdiction issued in that scope by the National Appeal Chamber and also by courts' judicial decisions. It deals with problematic matters related to the interpretation of the indicated regulation which are of significant importance, especially taking into consideration serious inconvenience for the executors of the above mentioned institution.

Keywords: public procurement, deposit, law, filling documents and declarations.