

Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do postanowienia art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa PZP”, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy PZP, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Przepis ten stwarza materialno-prawną podstawę do zatrzymania wadium przez zamawiającego w przypadku zaistnienia sytuacji opisanej w tym przepisie.

Według uzasadnienia z dnia 24 kwietnia 2008 r. do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), uregulowanie zaproponowane w art. 46 ust. 4a ustawy PZP ma na celu przeciwdziałanie 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 spełnianie warunków udziału w postępowaniu z sytuacją wykonawców, którzy uchylają się od zawarcia umowy, bądź nie wnoszą zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Warunkiem koniecznym zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP jest uprzednie wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP do uzupełnienia brakujących dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. Zgodnie z postanowieniem art. 26 ust. 3 ustawy PZP, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Tak więc w świetle brzmienia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy PZP wezwanie wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw ma charakter obligatoryjny, z wyjątkiem sytuacji, gdy oferta danego wykonawcy podlega odrzuceniu z innych przyczyn (art. 89 ust. 1 ustawy PZP) lub gdy zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania (por. art. 93 ust. 1 i art. 93 ust. 1a ustawy PZP).

W myśl postanowienia art. 26 ust. 3 ustawy PZP złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia wymaganych przez zamawiającego dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP bądź pełnomocnictw, jest zobowiązany wykazać zarówno spełnianie warunków „pozytywnych”, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy PZP jak i brak podstaw do wykluczenia z powodu spełniania warunków „negatywnych”, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy PZP (por. art. 26 ust. 2a ustawy PZP). W sytuacji, gdy wykonawca przy realizacji zamówienia będzie korzystał z wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych podmiotów trzecich, dokumenty, oświadczenia lub pełnomocnictwa, do których uzupełnienia wezwany będzie Wykonawca mogą dotyczyć możliwości udowodnienia przez Wykonawcę, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Udowodnienie, o którym mowa powyżej może polegać w szczególności na przedstawieniu przez wykonawcę zamawiającemu pisemnego zobowiązania podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (art. 26 ust. 2b ustawy PZP). W myśl art. 26 ust. 2c ustawy PZP, jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku. Przepis ten ma zastosowanie również do sytuacji opisanej w art. 26 ust. 3 ustawy PZP, dotyczącej uzupełniania przez wykonawcę dokumentów wymaganych przez zamawiającego po wezwaniu przez zamawiającego do ich uzupełnienia. Tak więc wykonawca, wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów dotyczących jego sytuacji finansowej i ekonomicznej, jeżeli z uzasadnionej przyczyny nie może ich przedstawić, może przedstawić zamawiającemu inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku.

Na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy PZP, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie (1) warunków udziału w postępowaniu, (2) oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. W myśl zacytowanych przepisów zamawiający jest zobowiązany do zatrzymania wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na obligatoryjne wezwanie do uzupełnienia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw, które w terminie składania wniosków albo ofert nie zostały złożone, zostały złożone z błędami lub wadliwe, nie uzupełni ich w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Powyższy przepis wprowadza zatem bezwzględłą sankcję utraty wadium przez wykonawcę, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie przedłoży dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie:

- warunków udziału w postępowaniu,
- przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert albo pełnomocnictw.

Wykonawca może uchronić się przed zatrzymaniem jego wadium wyłącznie w przypadku, gdy udowodni, iż nie uzupełnienie wskazanych przez zamawiającego dokumentów wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie (arg. art. 46 ust. 4a in fine).

Obowiązek zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP w następstwie nieuzupełnienia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy PZP, dotyczy wszystkich wykonawców, bez względu na ich szanse w uzyskaniu zamówienia. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2009 r. (sygn. KIO/UZP 19/09) oraz z dnia 23 stycznia 2009 r. (sygn: KIO/UZP 62/09). W okolicznościach, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy PZP, zamawiający jest zobowiązany do zatrzymania wadium niezależnie od formy, w jakiej zostało ono złożone, a więc zarówno pieniężnej wraz z odsetkami, co zostało wprost wyartykułowane w treści omawianego przepisu, ale również w innych formach, w których stosownie do art. 45 ust. 6 ustawy PZP wykonawca jest uprawniony wnosić wadium. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, z wypełnieniem dyspozycji art. 46 ust. 4a ustawy PZP mamy do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca faktycznie (fizycznie) nie uzupełni dokumentów (oświadczeń, pełnomocnictw). W wyroku z dnia 9 marca 2009 r. (znak: KIO/UZP 220/09) Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła wcześniej wyrażone stanowisko w wyroku z dnia 16 stycznia 2009 r. (sygn. KIO/UZP 1530/08), zgodnie z którym „art. 46 ust. 4a ustawy PZP, z uwagi na jego restrykcyjny charakter, powinien być interpretowany w sposób ścisły. W tym przypadku chodzi o brak „fizyczny” dokumentu lub oświadczenia, tzn. nie uzupełnienie, a nie także o brak, w rozumieniu złożenia dokumentu nie potwierdzającego spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Taka wykładania przedmiotowego przepisu ogranicza jego zastosowanie

wyłącznie do sankcjonowania bierności wykonawców w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. W konsekwencji przepis ten traci swój walor jako metoda eliminacji „zmów wykonawców”, gdyż wykonawca, który złożył tańszą ofertę ma możliwość wycofania się z postępowania i odzyskania wadium w następstwie przedłożenia na wezwanie zamawiającego jakiegokolwiek dokumentu, nawet takiego, którym wcześniej się już posłużył.

Zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych powyższa wykładania art. 46 ust. 4a ustawy PZP pozostaje jednak w sprzeczności z literalnym brzmieniem tego przepisu. W przepisie tym bowiem mowa jest wprost o niezłożeniu dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, oraz pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Przy czym, należy podkreślić, iż zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisu art. 26 ust. 3 ustawy PZP obowiązek wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń dotyczy nie tylko sytuacji, w której wykonawca nie złożył fizycznie wymaganych dokumentów lub oświadczeń, ale także sytuacji, w której ze złożonych dokumentów lub oświadczeń nie wynika potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do samego wykonawcy, jaki i oferowanych przez niego dostaw, usług lub robót budowlanych (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 04/08; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 886/08, Lex nr 459159; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 września 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 940/08, Lex nr 466599; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 października 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 992/08, Lex nr 466590).

Z uwagi na fakt, iż przepis art. 46 ust. 4a ustawy PZP odnosi się wprost do art. 26 ust. 3 ustawy PZP, należy uznać, iż ocena czy w świetle art. 46 ust. 4a ustawy PZP wykonawca złożył – na wezwanie zamawiającego - wymagane dokumenty lub oświadczenia winna być dokonywana według tych samych zasad, co ocena dokonywana na gruncie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. W konsekwencji należy uznać, iż przez niezłożenie dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego w świetle art. 46 ust. 4a ustawy PZP należy rozumieć nie tylko przypadek bierności wezwanego wykonawcy, gdy w ogóle nie składa dokumentu lub oświadczenia wskazanego w wezwaniu (brak fizyczny dokumentu), ale także sytuację, w której wykonawca składa dokument lub oświadczenie, z którego nie wynika potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Taka wykładnia art. 46 ust. 4a ustawy PZP odpowiada ratio legis tego przepisu.

Należy jednocześnie podnieść, iż obowiązek zamawiającego zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP nie zachodzi w przypadku, gdy niezłożenie przez wykonawcę żądanych przez zamawiającego dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP było następstwem okoliczności, na które obiektywnie rzecz ujmując, przy dochowaniu należytej staranności, wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Tak więc podstawa do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP zachodzi wyłącznie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę. Pogląd ten został zaprezentowany przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r. (znak: KIO/UZP 62/09) w którym stwierdziła, iż „możliwość zatrzymania wadium następuje jedynie w braku udowodnienia przez wykonawcę, że niezłożenie dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy PZP lub pełnomocnictw, nastąpiło bez jego winy, ma zatem charakter względny”. W wyroku z dnia 13 lutego 2009 r. (znak: KIO/UZP 141/09) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła natomiast, iż „Wobec faktu, iż Odwołujący nie uzupełnił dokumentów w wyznaczonym terminie, Zamawiający był uprawniony do zatrzymania mu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP. W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił też, iż nie złożenie dokumentów wynika z przyczyn niezależnych po jego stronie. Odwołujący miał wystarczającą ilość czasu, by zdobyć wymagane dokumenty, a mimo tego nie dochował wyznaczonego terminu. Co więcej nie wykazał tu należytej staranności w dbaniu o własne interesy, ponieważ o przesunięcie terminu wniosł dopiero po jego bezskutecznym upływie.” Podobne zapatrywanie na przedmiotową sprawę zostało przedstawione także w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 1002/11). W wyroku tym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż „z treści art. 46 ust. 4a p.z.p. wynika domniemanie, że nieuzupełnienie dokumentów stanowi zawinione zaniechanie

wykonawcy. Domniemanie to ma charakter wzruszalny, wykonawca może je obalić, jeśli udowodni, że nieuzupełnienie dokumentów nie zostało przez niego zawinione. Wykonawca, odpowiadając na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., nie jest w żaden sposób zobowiązany do wywodzenia braku winy, na okoliczność ewentualnego nieuznania przez zamawiającego uzupełnionych dokumentów”.

Zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych z sytuacją, w której niezłożenie dokumentów żądanych przez zamawiającego wynika z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, mamy do czynienia - w świetle art. 46 ust. 4a ustawy PZP - w przypadku, gdy niemożność przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzającego spełnianie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, wynika z faktu, iż obiektywnie wykonawca ten, jak i oferowane przez niego usługi, dostawy lub roboty budowlane, nie spełniają tych warunków lub wymagań. Tym samym, obowiązek zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP nie będzie dotyczył tych wykonawców, którzy złożyli oferty, pomimo że niespełniali warunków udziału w postępowaniu (np. nie legitymowali się określonym doświadczeniem), jak też, pomimo że oferowane przez nich usługi, dostawy lub roboty budowlane nie spełniały wymagań określonych przez zamawiającego.

Powyższy pogląd znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądowym. W wyroku z dnia 10 maja 2013 r. (sygn. akt. I CSK 422/12) Sąd Najwyższy stwierdził, iż obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinonego działania wykonawcy polegającego na nieuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, który zaoferuje najwyższą cenę. W każdym wypadku odmowy zwrotu wadium zatrzymanego w związku z niewywiązaniem się przez wykonawcę z obowiązku uzupełnienia dokumentów i oświadczeń badaniu podlegają również przyczyny niewykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie powstaje wówczas, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość, jak i nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego. Konieczność wystąpienia po stronie wykonawcy całkowitej bierności, umyślności i celowości oraz nasilenia złej woli w niezastosowaniu się do wezwania zamawiającego – jako konieczna przesłanka zastosowania instytucji zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p., została także podkreślona w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r. (sygn. akt I CSK 444/12). W wyroku z dnia 15 marca 2013 r. (sygn. akt I ACa 97/13) Sąd Apelacyjny w Poznaniu wykazał, iż „fakt nieudokumentowania spełnienia warunków w postępowaniu skutkuje jedynie wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a nie daje podstaw do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy p.z.p”. Z kolei Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 1 lutego 2013 r. (sygn. akt V Aca 664/12) podkreślił, iż „o istnieniu ryzyka zmywy wykonawców – czemu przeciwdziałać ma regulacja zawarta w art. 46 p.z.p. – można mówić jedynie w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, a więc w sytuacji, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego”.

Należy również podkreślić, iż zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP może nastąpić wyłącznie w sytuacji wcześniejszego prawidłowego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Takie też stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 stycznia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1530/08). W wyroku tym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż precyzyjne określenie żądania do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP obciąża zamawiającego. Brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wykonawcy, a w konsekwencji nie może stanowić podstawy do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP. Przepis art. 46 ust. 4a ustawy PZP nie znajdzie również zastosowania w sytuacji, gdy wykonawca zostanie wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 lub w zw. z art. 24 ust. 1 ustawy PZP. Taka sytuacja będzie zachodzić w przypadku, gdy z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów wynikać będzie w sposób jednoznaczny i niemożliwy do zmiany w następstwie uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, że wykonawca nie spełnia

wymaganych warunków „pozytywnych”, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy PZP (np. w sytuacji, gdy przedłożone zostaną sprawozdania finansowe, z których wynika, że wykonawca nie osiąga wymaganych obrotów) lub spełnia warunki „negatywne” określone w art. 24 ust. 1 ustawy PZP. W takich bowiem przypadkach wykonawca podlega wykluczeniu, a jego ofertę uznaje się za odrzuconą.

Reasumując należy stwierdzić, iż w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych obowiązek zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP będzie zachodził jedynie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę, gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie zostało udzielone wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. W związku z powyższym, obowiązek zatrzymania wadium nie aktualizuje się w stosunku do tych wykonawców, którzy złożyli oferty, pomimo że nie spełniali warunków udziału w postępowaniu, jak też, pomimo że oferowane przez nich usługi, dostawy lub roboty budowlane nie spełniały wymagań określonych przez zamawiającego.

wytworzył:

data wytworzenia: 2014-01-02 10:02:00

opublikował: Izabela Łazuga

data publikacji: 2010-06-09 15:01:32

zmodyfikował:

data modyfikacji: 2014-01-02 10:02:00

Opinia pochodzi ze strony internetowej Urzędu Zamówień Publicznych:

http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:981;zatrzymanie_wadium_na_podstawie_art.46_ust.4a_ustawy_-_prawo_zamowien_publicznych..html