

UCHWAŁA

Dnia 22 czerwca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Kazimierz Zawada (przewodniczący)

SSN Monika Koba (sprawozdawca)

SSN Barbara Myszka

Protokolant Bożena Kowalska

w sprawie z powództwa M. sp. z o.o. w K.
przeciwko Gminie Ś.
o zapłatę,
po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym
w dniu 22 czerwca 2017 r.,
zagadnienia prawnego przedstawionego
przez Sąd Apelacyjny w K.
postanowieniem z dnia 9 lutego 2017 r., sygn. akt I ACa .../16,

"Czy niezłożenie dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego w rozumieniu art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (t.j. Dz. U. 2010 r., Nr 113 poz. 759) oznacza tylko przypadek całkowitej bierności wezwanego wykonawcy czy także obejmuje sytuację, w której wykonawca składa dokument lub oświadczenie, z którego jednak nie wynika potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego?"

podjął uchwałę:

Wadium podlegało zatrzymaniu na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym do dnia 18 października 2014 r. (jedn. tekst: Dz.U. z 2013 r., poz. 907) także wtedy, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie złożył dokumenty lub

oświadczenia, ale z ich treści nie wynikało potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy.

UZASADNIENIE

Zagadnienie prawne przedstawione Sądowi Najwyższemu wyłoniło się w sprawie, w której wyrokiem z dnia 18 czerwca 2013 r. Sąd Okręgowy w K. zasądził od pozwanej Gminy Ś. na rzecz powódki M.spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. kwotę 100.000 zł z ustawowymi odsetkami tytułem zwrotu wadium. Ustalił, że w dniu 31 sierpnia 2013 r. pozwana wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „[...]”, w którym ofertę złożyła powódka. Zamawiający po otwarciu ofert wezwał powódkę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Powódka w odpowiedzi na wezwanie uzupełniła dokumenty przedkładając nowy wykaz wykonanych usług wraz z referencjami. Pozwana po weryfikacji dokumentów wykluczyła powódkę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznając, że nie potwierdziła posiadania wiedzy i doświadczenia związanego z realizacją co najmniej dwóch multimedialnych ekspozycji muzealnych. Odwołanie powódki od tej czynności zostało oddalone przez Okręgową Izbę Odwoławczą w Warszawie.

Uwzględniając powództwo Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że uprawnienie do zatrzymania wadium istnieje jedynie w przypadku gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie fizycznie nie złoży dokumentów lub oświadczeń wykazując się całkowitą bezczynnością. Natomiast uprawnienie takie nie powstaje, gdy wykonawca złoży dokument lub oświadczenie, które jednak nie potwierdza warunków udziału w postępowaniu.

Podczas rozpoznawania apelacji pozwanej Sąd Apelacyjny w K. powziął poważne wątpliwości, którym dał wyraz w zagadnieniu prawnym, przedstawionym Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia na podstawie art. 390 k.p.c.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Artykuł 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r. poz. 2164, ze zm. - dalej: „p.z.p.”) został wprowadzony do prawa zamówień publicznych ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych i innych ustaw (Dz.U. Nr 171, poz. 1058 - dalej: „ustawa nowelizująca z dnia 4 września 2008 r.”). W brzmieniu

obowiązującym do dnia 18 października 2014 r. (jedn. tekst: Dz.U. z 2013 r., poz. 907) stanowił, że „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”. Regulacja w przytoczonym brzmieniu znajduje zastosowanie w sprawie objętej zagadnieniem prawnym zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r., poz. 1232 - dalej: „ustawa nowelizująca z dnia 29 sierpnia 2014 r.”) oraz art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020 - dalej: „ustawa nowelizująca z dnia 22 czerwca 2016 r.”).

Na tle tej regulacji, wykształciły się dwa przeciwstawne nurty orzecznicze.

W orzeczeniach należących do pierwszego z nich uznaje się, że uprawnienie do zatrzymania wadium powstaje jedynie w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, który w reakcji na wezwanie zamawiającego nie składa żadnego dokumentu czy oświadczenia. Na poparcie tego stanowiska wskazuje się, że za ścieśniającą wykładnią przepisu przemawia jego sankcyjny charakter, zamysł towarzyszący ustawodawcy przy jego wprowadzeniu do porządku prawnego oraz konieczność zapobieżenia wykorzystywaniu wadium do uzyskiwania przez zamawiających nienależnych przysporzeń (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, M. Prawn. 2014, Nr 22, str. 1199, z dnia 22 listopada 2012 r., II CSK 448/12, M. Prawn. 2013, Nr 24, str. 1324, z dnia 14 marca 2013 r., I CSK 444/12, OSNC - ZD 2014, Nr A, poz. 8, i z dnia 10 maja 2013 r., I CSK 422/12, M. Prawn. 2014, Nr 22, str. 1199).

Z kolei w orzeczeniach drugiego nurtu przyjmuje się, że uprawnienie do zatrzymania wadium powstaje również w sytuacji, gdy wykonawca składa dokument (oświadczenie) z którego nie wynika jednak spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy (usługi, lub roboty budowlane) wymagań określonych przez zamawiającego. Ten nurt orzeczniczy odwołuje się do wykładni językowej, zniweczenia celu regulacji w przypadku przyjęcia, że sankcjonuje ona wyłącznie całkowitą bierność

pozwanego wykonawcy oraz możliwości ekskulpacji wykonawcy działającego w dobrej wierze (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, nie publ., z dnia 7 listopada 2012 r., IV CSK 121/12, M. Prawn. 2014, Nr 22, str. 1199, i z dnia 7 listopada 2013 r., V CSK 531/12, OSNC-ZD 2014, Nr D, poz. 37).

Również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zarysowały się dwa przeciwstawne stanowiska odnośnie do uprawnienia zamawiającego zatrzymania wadium na tle regulacji art. 46 ust. 4a p.z.p. W części orzeczeń przyjęto, że sankcja zatrzymania wadium znajduje zastosowanie tylko w przypadku całkowitej bierności wykonawcy (por. m.in. wyroki z dnia 27 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 488/09, nie publ., z dnia 26 stycznia 2010 r., KIO 1749/09, nie publ., z dnia 22 marca 2011 r., KIO 465/11, nie publ., i z dnia 31 maja 2012 r., KIO 993/12, nie publ.). Natomiast w części uznano, że złożenie jakiegokolwiek dokumentu czy oświadczenia nie jest wystarczające do uchylenia się od skutku w postaci zatrzymania wadium (por. m.in. wyroki z dnia 30 stycznia 2008 r., KIO/UZP 4/08, nie publ., z dnia 22 maja 2009 r., KIO UZP 599/09, nie publ., i z dnia 24 sierpnia 2011 r., KIO 1712/11, KIO 1714/11, KIO 1718/11, KIO 1719/11, nie publ.).

W doktrynie także można odnotować poglądy opowiadające się zarówno za wąskim jak i za szerszym rozumieniem przesłanek zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p.

Wykładnia uwzględniająca pełny kontekst normatywny i treściowy analizowanego przepisu przemawia za przyjęciem, że przez niezłożenie dokumentów (lub oświadczeń) należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy czyli sytuację, w której wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której wykonawca składa dokument (oświadczenie), z którego jednak nie wynika potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Czynność zatrzymania wadium zgodnie z brzmieniem art. 46 ust. 4a p.z.p. została ściśle powiązana z treścią przepisu art. 26 ust. 3 i 25 ust. 1 p.z.p. Odwołanie się przez ustawodawcę do art. 25 ust. 1 wskazuje jednoznacznie,

że nie chodzi tu jedynie o fizyczne nie złożenie dokumentów i oświadczeń lecz również złożenie ich w reakcji na wezwanie w sposób niepotwierdzający spełnienia postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Literalne brzmienie zdania pierwszego tego przepisu, a więc wskazanie na dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, a także przytoczone zdanie drugie, bez wątpliwości wskazuje, że treść złożonych dokumentów nie może być jakakolwiek, lecz potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Nie ma podstaw by czynić jakiegokolwiek rozróżnienie między desygnatami pojęć „dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1” użytego w ust. 3 art. 26 i 46 ust. 4a p.z.p., skoro pojęciom używanym w ramach tego samego tekstu prawnego należy nadawać taką samą treść. Ponadto art. 26 ust. 3 p.z.p. traktuje w ten sam sposób dokumenty, oświadczenia, czy pełnomocnictwa wadliwe, zawierające błędy, jak i takie, które nie zostały przedłożone.

Do przeciwnych wniosków nie prowadzi wykładnia funkcjonalna odwołująca się do uzasadnienia projektu ustawy wprowadzającej art. 46 ust. 4a p.z.p., z którego wynika, że podstawowym celem ustawodawcy było zapobieganie znikom przetargowym (por. druk sejmowy nr 471, Sejm VI kadencji). W jego treści wyraźnie bowiem podkreślono, że zatrzymanie wadium dotyczy sytuacji gdy wykonawca „w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu”. Stwierdzono także, że celowe jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który „nie przedstawił dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3” z sytuacją wykonawcy, który uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Posłużenie się tymi sformułowaniami już w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z dnia 4 września 2008 r. wskazuje na ciągłość intencji ustawodawcy w tym zakresie. Ustawa nowelizująca z dnia 22 czerwca 2016 r., nie wносиła zatem do art. 46 ust. 4a p.z.p. nowych treści normatywnych, a jedynie doprecyzowała jego treść w kierunku od początku przyjmowanym przez ustawodawcę, rozstrzygając jednocześnie pojawiające się wątpliwości interpretacyjne.

Ponadto ograniczenie stosowania tego przepisu do sankcjonowania zupełnej bierności wykonawcy w niczym nie ograniczy zmów przetargowych, skoro celem uniknięcia zatrzymania wadium wystarczy złożenie jakiegokolwiek dokumentu czy oświadczenia, które wcale nie będzie musiało wykazywać okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., co pozwoli na łatwe omijanie tak wykładanej regulacji prawnej przez nieuczciwych wykonawców. Przyjęcie takiego kierunku wykładni doprowadzi również do nierównego traktowania wykonawców podejmujących podobne działania zagrażające tokowi postępowania i osłabi ochronę zamawiającego przed nielojalnym zachowaniem wykonawców niweczając rationem legis art. 46 ust. 4a p.z.p.

Uzasadnienie projektu ustawy wprowadzającej art. 46 ust. 4a do prawa zamówień publicznych odwołuje się również do potrzeby zintensyfikowania ochrony interesów zamawiającego i zrjonalizowania wydatkowania środków publicznych. Tradycyjne funkcje wadium (zabezpieczające, kompensacyjne) zostały w prawie zamówień publicznych rozszerzone (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 listopada 2008 r., SK 62/06, OTK-A 2008, nr 9, poz. 155 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 448/10, nie publ.). Ma ono zabezpieczać prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dyscyplinować oferentów, zapewniać ich lojalne współdziałanie z zamawiającym i przeciwdziałać wypaczeniu wyniku procedury zamówieniowej (funkcja sankcyjna i dyscyplinująca). Przyjęcie, że art. 46 ust. 4a sankcjonuje tylko całkowitą bierność wykonawcy nie zapewni realizacji celów zamierzonych przez ustawodawcę.

Nie przekonuje pogląd, że wykonawcy będą narażeni na niebezpieczeństwo subiektywnej oceny przez zamawiającego dokumentów i oświadczeń składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uprawnienie do zatrzymania wadium zaistnieje tylko w sytuacji, gdy dokumenty (oświadczenia), są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, wykonawca został zasadnie o nie wezwany i obiektywnie nie potwierdzają zdatności wykonawcy do wykonania zamówienia publicznego. Nie ma podstaw do przyjęcia, by sankcja utraty wadium mogła zostać zastosowana w stosunku do wykonawcy, który - działając w dobrej wierze - doręczył zamawiającemu dokumenty, niepotwierdzające jednak, w ocenie

zamawiającego, spełnienia wymagań dotyczących uczestnictwa w przetargu (por. uzasadnienie postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 maja 2010 r., P 47/11, OTK - A 2012, nr 5, poz. 57). Wprawdzie decyzję o zatrzymaniu wadium podejmuje jednostronnie zamawiający, ale następnie podlega ona weryfikacji przez sąd.

Wykonawca, który zamierza uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zapoznaje się z warunkami uczestnictwa i powinien dokładać należytej staranności na wszystkich etapach tego postępowania oraz adekwatnie reagować na kolejno ujawniające się okoliczności, które mogą stać na przeszkodzie uzyskaniu zamówienia. Oferent przystępując do przetargu o zamówienie publiczne, akceptuje nie tylko obowiązek wniesienia wadium, ale również ustawowe warunki utraty prawa do żądania jego zwrotu.

Jednak wykonawca działający w dobrej wierze może podjąć skuteczną obronę przed zatrzymaniem wadium, wykazując że nie złożenie dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw nastąpiło z przyczyn nie leżących po jego stronie. Do okoliczności ekskulpujących wykonawcę będą należały okoliczności obciążające zamawiającego np. zakreślenie zbyt krótkiego terminu na uzyskanie dokumentów, sformułowanie wezwania, ogłoszenia czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób nieprecyzyjny, wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania. Za okoliczność egzoneracyjną można również uznać sytuację, w której treść złożonych dokumentów podlega ocenie zamawiającego przy zastosowaniu kryteriów wartościujących o nieostrym lub niejednoznacznym charakterze. Większość zagrożeń związanych ze stosowaniem art. 46 ust. 4a p.z.p. można wyeliminować, nie przez wąskie rozumienie wymienionej w nim przesłanki braku złożenia oświadczeń i dokumentów, lecz staranną i szczegółową ocenę czy wadliwa odpowiedź nastąpiła z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Ponadto nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., uzasadnia zatrzymanie wadium, ponieważ ocenie w kontekście zawinienia wykonawcy muszą podlegać wszystkie okoliczności niewykonania w sposób ścisły wezwania i wpływu tego uchybienia na przebieg postępowania przetargowego.

Artykuł 46 ust. 4a p.z.p. od chwili jego wprowadzenia do prawa zamówień publicznych spotkał się z krytyczną oceną w doktrynie. Krytyka ta nie została ostatecznie zaakceptowana przez ustawodawcę, który w kolejnych nowelizacjach ograniczył się jedynie do wprowadzenia wymagania by działanie wykonawcy miało kluczowy wpływ na wynik postępowania, zmiany ciężaru dowodu co do wykazania czy wadliwa odpowiedź na wezwanie nastąpiła z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz doprecyzowania, że oświadczenia i dokumenty, które ma złożyć wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego mają potwierdzać okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. Ustawodawca mając świadomość, że udowodnienie zmywy przetargowej jest bardzo trudne posłużył się wadium jako instrumentem mającym zniechęcać wykonawców do udziału w porozumieniach ograniczających konkurencję (art. 6 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. z 2017 r., poz. 229).

Nie przekonuje zatem stanowisko, że przepis ten może być stosowany jedynie w przypadku wykazania zmywy przetargowej, skoro wadium ma być w zamyśle ustawodawcy instrumentem, który prewencyjnie jej zapobiega czyniąc manipulowanie wynikiem przetargu nieopłacalnym.

Począwszy od 19 października 2014 r. zatrzymanie wadium jest możliwe jedynie, gdy nie złożenie dokumentów lub oświadczeń spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Jednak również przed omawianą nowelizacją sąd rozstrzygając spór o zwrot wadium mając na względzie cel art. 46 ust. 4 powinien każdorazowo badać, czy zamawiający zatrzymując wadium - powodowany częstokroć dyscypliną finansów publicznych - korzysta ze swojego prawa zgodnie z jego społeczno - gospodarczym przeznaczeniem (art. 5 k.c.). Stosowanie klauzuli generalnej w uzasadnionych przypadkach pozwoli łagodzić restrykcyjny charakter przepisu.

W konsekwencji Sąd Najwyższy podjął uchwałę, jak na wstępie.

jw

kc