

Rozdział I. Istota i rola wadium w Prawie zamówień publicznych

§ 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zmierza do wyboru najkorzystniejszej oferty. Z punktu widzenia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego istotne znaczenie ma określenie jego ram czasowych, czyli początku i końca tego postępowania. Wymaga to przedstawienia definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zanim jednak to nastąpi warto przypomnieć, że jej wprowadzenie do PrZamPubl miało miejsce stosunkowo niedawno. Jak podkreślono w uzasadnieniu do art. 1 pkt 1 lit. a ustawy z 2.12.2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, nowa definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uwzględnia zasadniczy jego cel, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej i usuwa wątpliwości pojawiające się dotychczas w doktrynie odnośnie momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹. Wydaje się jednak, że zarówno w najnowszym orzecznictwie sądowym oraz w doktrynie nadal możemy spotkać odmienne poglądy, co do identyfikacji zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym przedmiocie możemy wyróżnić dwa przeciwstawne poglądy. Według pierwszego ze stanowisk – momentem zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty. Natomiast według drugiego – zakończenie następuje dopiero z chwilą zawarcia umowy z wybranym oferentem². W związku z powyższymi przedstawionymi stanowiskami kluczowe znaczenia ma ustalenie ram czasowych postępowania. Ma to bowiem szczególne znaczenie z uwagi na wadium. Wadium zabezpiecza bowiem ofertę złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zabezpieczenie złożonej oferty gwarantuje także

¹ W brzmieniu tego przepisu obowiązującym od 29.1.2010 r., Dz.U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778.

² Wyr. KIO z 22.8.2011 r., KIO 1689/11, KIO 2591/13, Legalis; wyr. KIO z 21.11.2013 r., KIO 2593/13, Legalis.

prawidłowe prowadzenie postępowania, co powoduje, że jest ono ściśle z nim powiązane.

Początkiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest w zależności od trybu postępowania – publiczne ogłoszenie o zamówieniu lub przesłanie zaproszenia do składania ofert. Określenie momentu wszczęcia postępowania jest bowiem zależne od trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W postępowaniach wszczynanych ogłoszeniem za początek postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać publiczne ogłoszenie o zamówieniu³. Natomiast w trybach bez ogłoszenia będzie to przesłanie zaproszenia do składania ofert albo przesłanie zaproszenia do negocjacji, w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – w celu wynegocjowania postanowień takiej umowy.

Powyżej określono moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym miejscu trzeba również ustalić (określić) moment jego zakończenia. Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego następuje wraz z chwilą wyboru najkorzystniejszej oferty. W trybie zamówienia z wolnej ręki zakończeniem postępowania będzie natomiast wynegocjowanie wszystkich postanowień umowy. Definiując pojęcie „zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” należy pamiętać o trybie odwoławczym od wyboru oferty najkorzystniejszej. W przypadku uwzględnienia odwołania przez KIO może bowiem dojść do ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty. Dlatego też zakończeniem postępowania jest dopiero ostateczny wybór najkorzystniejszej oferty. Może to zatem być ponowny wybór oferty po uwzględnieniu wyroku KIO nakazującego zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Podobnie określiła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego KIO w wyroku z 29.1.2011 r.⁴, w którym wskazała, że „Istotne z punktu widzenia rozpoznawania przedmiotowej sprawy jest określenie przez ustawodawcę początkowego i końcowego momentu postępowania. Niewątpliwie, postępowanie rozpoczyna się, w zależności od wybranego trybu, publicznym ogłoszeniem, bądź przekazaniem zaproszenia. Jako koniec postępowania należy wskazać na wybór oferty najkorzystniejszej, chociaż PrZamPubl tego momentu nie określa⁵. Powyższe wynika z celu postępowania, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty. Przy czym w przypadku wniesienia przez wykonawców odwołań na czynność badania i oceny ofert, należy brać pod uwa-

³ Zob. art. 40 ust. 1, art. 48 ust. 1, art. 56 ust. 1, art. 60c ust. 1, art. 75 ust. 1 PrZamPubl.

⁴ Zob. wyr. z 29.1.2011 r., KIO 31/11, Legalis.

⁵ Tak J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 17–18; zob. też P.Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 32–33.

gę wybór oferty najkorzystniejszej dokonany po rozpoznaniu odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą”.

Etap zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie wchodzi już w zakres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy ma bowiem miejsce już po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie można zatem przyjąć, że momentem zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego⁶. Trzeba zatem wskazać, że z zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia wraz z momentem wyboru oferty najkorzystniejszej. Wyraźne zakreślenie ram czasowych postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma znaczenie z uwagi na kwalifikację czynności zamawiającego jako podjętych w trakcie jego trwania lub po jego zakończeniu. Powyższe wyróżnienie ma kluczowe znaczenie z uwagi na dopuszczalność wnoszenia środków ochrony prawnej. Czynności podjęte już po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie podlegają zaskarżeniu w ramach wnoszenia środków ochrony prawnej. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się wraz z wyborem wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa. Powyższe wyznacza nam zakres zaskarżenia środkami ochrony prawnej. Należy bowiem wyraźnie odróżnić cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wybór najkorzystniejszej oferty od udzielenia zamówienia publicznego, co ma miejsce wraz z podpisaniem umowy z wybranym wykonawcą. Zatem cel procedury udzielenia zamówienia publicznego zostaje osiągnięty już z chwilą dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty (o czym przesądza treść art. 92 PrZamPubl). Wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty zostaje zidentyfikowany wykonawca, z którym ma być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na praktyczny aspekt związany z ponowną oceną ofert dokonaną przez zamawiającego, już po wyborze najkorzystniejszej oferty. Może się bowiem zdarzyć, że zamawiający otrzyma sygnały o nieprawidłowości prowadzonego postępowania. Jak wiadomo zamawiający ma prawo do samooceny własnego postępowania.

W sytuacji, gdy zamawiający powyższym z jakiegokolwiek źródła wątpliwość odnośnie prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej, powinien czynność powtórzyć. Weryfikacja dotychczasowej czynności powinna się odbywać z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, a w szczególności zasady równego traktowania wykonawców, i nie może prowadzić do wzywania danego wykonawcy „do skutku”, aby wykazał warunki udziału w postępowaniu, bądź

⁶ Tak uchw. SN z 17.12.2010 r., III CZP 103/10, Legalis.

czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania⁷. W powyższej sytuacji za moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać ponowny wybór najkorzystniejszej oferty, po weryfikacji przez zamawiającego prawidłowości wcześniej dokonanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamówienia publicznego udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami PrZamPubl. Przesądza o tym art. 7 ust. 3 PrZamPubl. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest elementem tego postępowania, lecz czynnością prawną odrębną od samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlegającą ocenie według reguł prawa cywilnego tj. nie stanowi „czynności w postępowaniu” (por. art. 17 ust. 1 i 2 *in principio* PrZamPubl). Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest dokonywane już po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zmierza do nawiązania stosunku prawnego z wykonawcą wyłonionym w wyniku zakończonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy może stanowić jedynie pochodną wyboru najkorzystniejszej oferty, albo uzgodnienia treści przyszłej umowy – w przypadku postępowań prowadzonych trybie zamówienia z wolnej ręki⁸.

Reasumując, cel postępowania o udzielania zamówienia publicznego zostaje osiągnięty już z chwilą dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Natomiast zawarcie umowy jest czynnością następczą po wyborze najkorzystniejszej oferty. Zakończeniem postępowania będzie wybór wykonawcy, któremu może być udzielone zamówienie publiczne. Właśnie w tym momencie realizuje się cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest przecież wybór najkorzystniejszej oferty. Powyższe znajduje potwierdzenie w art. 7 ust. 3 PrZamPubl, który stanowi, iż zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający jest związany dokonany wyborem i nie może ponownie badać złożonych ofert. Jedynie, gdy w wyniku orzeczenia KIO wydanego po rozpoznaniu odwołania na podstawie art. 180 PrZamPubl unieważniony zostanie wybór oferty, to zamawiający lub Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, może na podstawie art. 146 PrZamPubl żądać unieważnienia zawartej już umowy.

⁷ Wyr. KIO z 22.8.2011 r., KIO 1689/11, Legalis.

⁸ Tak zob. Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a obowiązek złożenia oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (art. 17 ust. 2 PrZamPubl), artykuł dostępny na stronie <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/publish.aspx?PD;1550>.

Warto wskazać, że przyjęcie powyższej definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wpływa na kwalifikację czynności zatrzymania wadium przez zamawiającego, o czym szeroko w rozdziale 2 § 2.

§ 2. Pojęcie wadium

Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia wadium. W związku z tym uzasadnione staje się ustalenie, czy temu pojęciu należy przydać szczególne znaczenie, na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy też należy stosować definicję zawartą w przepisach Kodeksu cywilnego.

Generalnie wadium stanowi wyraz zabezpieczenia interesów zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą. Biorąc pod uwagę formę wniesienia wadium należy pod tym pojęciem rozumieć określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy. Zabezpieczenie wadium stanowi „zryczałtowaną formą odszkodowania płatnego na rzecz Zamawiającego za niewykonanie obowiązku zawarcia umowy, wynikającego ze stosunku prawnego wiążącego wykonawcę z zamawiającym”⁹. W orzecznictwie wskazuje się, że wadium stanowi *siu generalis* umowną sankcję majątkową za niedojście do oznaczonego, przewidzianego prawem skutku – zawarcia umowy sprawie zamówienia publicznego. Wadium cechuje zryczałtowany charakter, co odróżnia tę instytucję od odszkodowania¹⁰.

Wadium pełni funkcję zabezpieczającą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jego wniesienie przez wykonawców umożliwia im udział w postępowaniu oraz zabezpiecza złożoną ofertę¹¹. Jak orzekł ZA w wyr. z 2.6.2006 r. wadium stanowi zabezpieczenie interesów zamawiającego, przez materialne zagwarantowanie podpisania umowy ze strony wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza¹².

W związku z tym, że Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji wadium należy w tym zakresie odwołać się do art. 70⁴ § 1 KC na podstawie odwołania zawartego w art. 14 PrZamPubl. Artykuł 70⁴ § 1 KC stanowi, że „w warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapła-

⁹ Wyr. KIO z 14.6.2011 r., KIO 1142/11, Legalis.

¹⁰ Wyr. KIO z 14.6.2011 r., KIO 1142/11, Legalis.

¹¹ Jeśli ten cel nie zostanie osiągnięty, to złożenie wadium nie jest skuteczne. Na ten temat zob. wyr. KIO z 14.7.2008 r., KIO/UZP 663/08, Legalis.

¹² UZP/ZO/O-1565/06.

ty (wadium)”. Wadium stanowi tym samym określoną sumę pieniędzy, którą przystępujący do aukcji lub przetargu obowiązany jest wpłacić organizatorowi, bądź też odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty¹³. Wadium jest dodatkowym zastrzeżeniem w warunkach udziału w postępowaniu, w wyniku którego możliwość wzięcia udziału w nim została uzależniona od wpłaty określonej sumy pieniężnej (wadium w formie pieniężnej) lub też zabezpieczenia zapłaty tej kwoty. Przepisy dotyczące wadium uregulowane w przepisach KC znajdują zastosowanie, gdy Prawo zamówień publicznych nie zawiera regulacji w tym przedmiocie¹⁴. Prawo zamówień publicznych posługuje się bowiem pojęciem wniesienia wadium, bez zdefiniowania pojęcia wadium. Dodatkowo warto zauważyć, że pojęcie „wniesienie wadium” z Prawa zamówień publicznych nie może być utożsamiane z występującym na gruncie KC pojęciem ustanowienia wadium. „Ustanowienie wadium” jest bowiem pojęciem węższym od „wniesienia wadium”. Termin „wniesienie wadium należy tym samym interpretować na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych – zarówno z punktu widzenia jej celów, jak i obowiązków zamawiającego¹⁵.

Prawo zamówień publicznych określa termin wniesienia wadium wskazując, iż powinno zostać wniesione przed upływem terminu składania ofert¹⁶. Zobowiązanie wykonawcy do zapłaty wadium aktualizuje się w chwili złożenia przez niego oferty. Wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma jednak warunkowy charakter, gdyż uzależnione jest od wystąpienia przesłanek zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 PrZamPubl. Ich wystąpienie prowadzi do tego, że wadium staje się formą zryczałtowanego odszkodowania. Zgodnie z art. 70⁴ § 2 KC: „jeżeli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia umowy, której ważność zalety od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, organizator aukcji albo przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia. W pozostałych wypadkach zapłacone wadium należy niezwłocznie zwrócić, a ustanowione zabezpieczenie wygasa. Jeżeli organizator aukcji albo przetargu uchyla się od zawarcia umowy, ich uczestnik, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody”. W orzecznictwie wskazuje się, że wadium pełni rolę podobną do zadatku. Bowiem wykonanie prawa zatrzymania wadium łącznie jest z odstąpieniem od umowy przedwstępnej. W sytuacji, gdy od zawarcia

¹³ Na temat stosunku KC w przedmiocie wadium do przepisów Prawa zamówień publicznych zob. A. Rudowal, *Zamówienia publiczne jako sprawy cywilne*, *Zamówienia Publiczne Doradca* 2007, Nr 11, s. 61.

¹⁴ Wyr. SN z 24.3.2011 r., I CSK 448/10, *Legalis*.

¹⁵ Wyr. KIO z 22.12.2009 r., KIO/UZP 1569/09, *Legalis*.

¹⁶ Art. 45 ust. 3 PrZamPubl.

umowy finalnej uchyła się zwycięski oferent, zatrzymanie wadium przez zamawiającego stanowi jedyną konsekwencję tego uchybienia. Tym samym zastrzeżenie wadium co do zasady wyłącza możliwość dochodzenia zawarcia umowy przez organizatora lub uczestnika przetargu. Zachowanie przedmiotu wadium stanowi zastępcze zaspokojenie organizatora i wyłącza dalszą odpowiedzialność majątkową oferenta¹⁷.

Skuteczność wniesionego wadium zależy od tego, czy zapewniono ważność wadium przez cały okres związania ofertą (również na przedłużony okres związania ofertą). Wadium musi być skutecznie wniesione co oznacza, że musi być ważne przez cały okres związania ofertą. Ewentualne przedłużenie wadium musi być dokonane przed końcem okresu jego ważności. Podkreśla się, że wadium musi być ważne w dacie każdej czynności podejmowanej w postępowaniu, bowiem jego istotą jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnością wykonawcy, który mógłby odmówić podpisania umowy, a zatem musi być ważne w terminie wyznaczonym na dzień zawarcie umowy¹⁸. Z przepisu art. 45 ust. 3 PrZamPubl można wyprowadzić pogląd o „obowiązku skutecznego, niejako „fizycznego” dostarczenia wadium zamawiającemu przed terminem składania ofert. Uznaje się więc, iż przed tym terminem w dyspozycji zamawiającego winna znaleźć się czy to gwarancja wadialna czy wadium wniesione w pieniądzu (na rachunku zamawiającego), tak aby już od chwili składania ofert mógł skutecznie zabezpieczeniem wadialnym rozporządzać i ewentualnie zaspokoić roszczenia przypisane ustawą¹⁹.

Jak już wskazywano na wstępie wadium służy zabezpieczeniu roszczeń zamawiającego, w sytuacji wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i 5 PrZamPubl. W orzecznictwie wskazuje się, że jeśli nie pozwala na zaspokojenie roszczeń zamawiającego, to należy traktować je tak, jakby nie zostało wniesione²⁰. Dlatego też tak istotne staje się ustalenie, czy wadium jest prawidłowe i zostało skutecznie wniesione.

Instytucja wadium jest przedmiotem wielu orzeczeń KIO i sądów okręgowych, w których podkreśla się funkcję zabezpieczającą wadium. W wyroku z 27.4.2009 r.²¹ KIO wskazała, że „wadium ma zabezpieczać prawidłowy przebieg postępowania o zamówienie publiczne. Pełni więc funkcję dyscyplinującą wykonawców i ma powstrzymywać ich przed niezgodnymi z prawem zachowaniami utrudniającymi zawarcie umowy o zamówienie publiczne (...)”. Wadium

¹⁷ Wyr. NSA z 20.3.2012 r., FSK 834/11.

¹⁸ Wyr. ZA z 4.11.2005 r., UZP/ZO/0–3151/05.

¹⁹ Wyr. KIO z 29.8.2012 r., KIO 1766/12.

²⁰ Zob. wyr. KIO z 19.4.2013 r., KIO/UZP 792/13.

²¹ Zob. wyr. KIO z 27.4.2009 r., KIO/UZP 488/09, Legalis.

należy rozumieć określoną sumę pieniędzy albo odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). Funkcja wadium polega „głównie na zabezpieczeniu organizatora przetargu poprzez możliwość zatrzymania przedmiotu wadium na wypadek niezawarcia umowy przez oferenta, którego oferta została wybrana”²². W wyroku z 24.6.2013 r. KIO podkreśliła, że „wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Oferta powinna być zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą – z wyjątkiem sytuacji opisanej w art. 46 ust. 1 PrZamPubl”²³. W innym wyroku natomiast KIO odniosła się do pojęcia wadium zawartego w KC wskazując, że pod pojęciem wadium, w myśl art. 704 § 1 KC, należy rozumieć bądź określoną sumę pieniędzy, którą przystępujący do aukcji lub przetargu obowiązany jest wpłacić organizatorowi, bądź odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty. „Definicja ta oddaje istotę wadium również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zarówno na gruncie KC, jak i PrZamPubl, rolą wadium jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą. W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne przez cały okres związania ofertą”.

§ 3. Funkcje wadium

Wadium stanowi zabezpieczenie interesów zamawiającego na czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wyborze najkorzystniejszej oferty. Po tym terminie natomiast realizuje się funkcja zabezpieczająca zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę definicję wadium oraz fakt, iż zabezpiecza ono ofertę wykonawcy złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, możemy dokonać wyspecyfikowania funkcji, które ta instytucja pełni w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium pełni funkcję: 1) warunku udziału w postępowaniu; 2) zabezpieczającą, 3) gwarantującą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zarówno na gruncie KC, jak i Prawa zamówień publicznych, rolą wadium jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą. Choć warto wskazać, że w najnowszym orzecznictwie sądowym wadium określa się jako karę podkreślając „że zatrzymanie wadium nie stanowi zabezpieczenia oferty, lecz jest swego rodzaju karą za niezłożenie dokumentów lub oświadczeń zgodnych z żądaniem zamawiającego, dlatego też nie można uzasadniać wyłączenia

²² M. Żak, [w:] K. Korus, D. Rogoń, M. Żak, Komentarz do art. 704 KC, Lex /el. 2003.

²³ Wyr. KIO z 24.6.2013 r., KIO 1385/13, Legalis.

czenia możliwości zatrzymania wadium tym, że zamawiający nie może zostać wzbogacony kosztem wykonawcy²⁴.

W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne przez cały okres związania ofertą. Natomiast obowiązek wnoszenia wadium na cały okres związania ofertą można wywieść z wielu przepisów PrZamPubl (np. art. 46 ust. 5 PrZamPubl)²⁵. Potwierdzenie powyższego znajdujemy w wyroku ZA z 19.6.2006 r., w którym stwierdzono, że wadium stanowi zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą, który mógłby odmówić podpisania umowy. W związku z tym wadium przez cały okres związania ofertą musi być ważne²⁶.

I. Funkcja warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Funkcja warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wadium realizuje się na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający bowiem może wprowadzić już w ogłoszeniu o zamówieniu informacje dotyczące wadium. Pomimo, iż żądanie wniesienia wadium jest obligatoryjne jedynie w postępowaniach o wartości równej lub większej niż progę unijne, to zamawiający może również w stosunku do zamówień poniżej tych kwot żądać wniesienia wadium. Jeśli zamawiający będzie żądał wniesienia wadium w zamówieniach poniżej progów unijnych, to informacja o tym powinna zostać zamieszczona już w ogłoszeniu o zamówieniu (oczywiście w zależności od trybu udzielenia zamówienia publicznego). Wymogi dotyczące wadium są także obligatoryjnym elementem specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego. Szczegółowe informacje dotyczące wadium w zakresie sposobu jego wniesienia są podawane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego²⁷. Natomiast w ogłoszeniu powinna znaleźć się informacja dotycząca kwoty wadium. Informacje o wadium oraz jego wysokości pozwolą wykonawcom zdecydować o udziale w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego. O ile bowiem w odniesieniu do zamówień o wartości równej lub powyżej progów unijnych wykonawca zdaje sobie sprawę, że warunkiem udziału w postępowaniu jest wniesienie wadium, to przy zamówieniach poniżej tych wartości zamawiający może wprowadzić obowiązek wniesienia wadium. Wymóg wniesienia wadium w zamówieniach poniżej progów

²⁴ Wyr. SA w Warszawie z 10.1.2013 r., VI ACa 1053/12, Legalis; wyr. SA w Warszawie z 11.10.2013 r., XXV C 1741/12.

²⁵ Wyr. KIO z 20.3.2013 r., KIO/UZP 507/13.

²⁶ Wyr. ZA z 19.6.2006 r., UZP/ZO/0-1701/06, Legalis.

²⁷ Art. 36 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl.

unijnych będzie tym samym istotną barierą finansową dla wykonawców zainteresowanych udziałem w nim. Wadium poprzez stworzenie bariery finansowej dla wykonawców ogranicza dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przez co następuje eliminacja wykonawców, którzy nie są zdolni do wykonania zamówienia publicznego.

Z punktu widzenia interesów wykonawców istotne jednak staje się poinformowanie przez zamawiającego o wymogu wniesienia wadium w postępowaniach poniżej progów unijnych. Informacja o wadium umożliwia im podjęcie decyzji w zakresie uczestniczenia w postępowaniu. Wprowadzenie przez zamawiającego wymogu wniesienia wadium oznacza, że wadium stanowi warunek udziału w postępowaniu. Wykonawca będzie musiał wówczas wnieść odpowiednią sumę pieniężną lub odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty, pod rygorem niedopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego²⁸. Jak wskazała KIO w wyroku z 20.3.2013 r.²⁹ „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi europejskie, czyli kwoty wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, zamawiający obowiązany jest żądać od wykonawców wniesienia wadium. Obowiązek taki wynika z treści przepisu art. 45 ust. 1 PrZamPubl i z użytego tam przez ustawodawcę sformułowania „Zamawiający żąda”. Żądanie wniesienia wadium, w myśl ust. 2 tegoż artykułu, nie jest obowiązkowe w przypadku, gdy wartość zamówienia nie przekracza „progów europejskich”. Zamawiający może wówczas – wedle swojego uznania – żądać wniesienia wadium lub odstąpić od takiego żądania”.

II. Funkcja zabezpieczająca

Funkcja zabezpieczająca wadium jest najistotniejszą rolą, jaką pełni wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona już z definicji wadium, która określa je jako określoną sumę pieniędzy którą przystępujący do aukcji lub przetargu obowiązany jest wpłacić organizatorowi, bądź odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty³⁰.

W orzecznictwie akcentuje się, iż wadium zabezpiecza zamawiającego przed niesolidnym, nieuczciwym wykonawcą³¹ oraz przed ewentualną znową wyko-

²⁸ Na temat wadium zob. wyr. SO we Wrocławiu z 11.7.2013 r., X GA 189/13, niepubl.

²⁹ Zob. wyr. KIO z 20.3.2013 r., KIO 507/13, Legalis.

³⁰ Art. 70⁴ § 1 KC.

³¹ Wyr. KIO z 20.3.2013 r., KIO 507/13, Legalis.

nawców³². Funkcja zabezpieczająca wadium uwidacznia się w zabezpieczeniu prawidłowego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Aktualizuje się w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zabezpieczając interesy zamawiającego. Określone naruszenia dokonywane przez wykonawców, które wpływają na prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały usankcjonowane zatrzymaniem wadium. Wykonawca decydując się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i składając ofertę jest związany jego warunkami oraz jest zobligowany podporządkować się zasadom prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wniesienie wadium przez wykonawców umożliwia im udział w postępowaniu oraz zabezpiecza złożoną ofertę³³. Jednak wybór najkorzystniejszej oferty jest tym momentem, w którym wadium wchodzi już niejako w inną rolę – stanowi zabezpieczenie zawarcia umowy, a nie prawidłowości prowadzonego postępowania. Należy podkreślić, że skuteczność wniesionego wadium zależy od tego, czy jest ono prawidłowe oraz zapewniono jego ważność przez okres związania ofertą, również ten przedłużony. Podkreśla się, że zarówno na gruncie KC, jak i Prawa zamówień publicznych, rolą wadium jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą, dlatego musi być ważne przez cały okres związania ofertą³⁴.

Artykuł 46 ust. 4a PrZamPubl stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 PrZamPubl, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 PrZamPubl, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 PrZamPubl, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Wystąpienie powyższych przesłanek pozwala zamawiającemu zatrzymać wadium. Wadium ma określoną wartość, co sprawia iż stanowi ono zryczałtowaną formę odszkodowania dla zamawiającego. *A priori* wysokość wadium nie podlega następczym zmianom, co oznacza, że wadium jako zabezpieczenie pozwala na pokrycie strat zamawiającego do wysokości kwoty wadium. Wysokość strat zamawiającego ustalana jest normatywnie właśnie przez ustanowienie określo-

³² Zob. wyr. KIO z 9.2.2012 r., KIO 150/12, Legalis.

³³ Jeśli ten cel nie zostanie osiągnięty, to złożenie wadium nie jest skuteczne, zob. wyr. KIO z 14.7.2008 r., KIO/UZP 663/08, Legalis.

³⁴ Wyr. KIO z 20.3.2013 r., KIO 507/13, Legalis.

nej kwoty wadium i nie wymaga dowodu. Wysokość normatywnie ustalanego i należnego odszkodowania, a zatem również normatywnie ustalonej straty nie podlega w jakimkolwiek zakresie tak dowodowi, jak i miarkowaniu w jakimkolwiek przypadku³⁵. W orzecznictwie podkreśla się, że jeśli wadium nie pozwala na zaspokojenie roszczeń, to należy traktować je tak, jakby nie zostało wniesione³⁶.

III. Funkcja gwarantująca zawarcie umowy

Jak już wskazywano powyżej funkcja zabezpieczająca wadium dotyczy oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Po wybrze najkorzystniejszej oferty funkcja zabezpieczająca dotyczy już tylko oferty najkorzystniejszej. Ta funkcja jest zatem widoczna także po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Wówczas bowiem zamawiający ma obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium wszystkim wykonawcom z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Jak wskazał SN w wyroku z 24.3.2010 r. „realizacja zabezpieczającej funkcji wadium polega na tym, że jeżeli od zawarcia umowy uchyła się wykonawca, którego oferta została wybrana, to zamawiający może pobraną jako wadium sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia zapłaty wadium”. Podobne stanowisko zajęł Zespół Arbitrów w wyroku z 23.9.2004 r.³⁷ wskazując, że „wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Wniesienie wadium ma na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego na wypadek, gdyby wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub gdyby zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (art. 46 ust. 5 PrZamPubl)”.

Rozpatrując funkcję zabezpieczającą wadium trzeba wskazać, że służy ono zabezpieczeniu roszczeń zamawiającego, w sytuacji wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 PrZamPubl. Zgodnie z art. 46 ust. 5 PrZamPubl, wadium zabezpiecza interesy zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana: 1) odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

³⁵ Wyr. KIO z 14.6.2011 r., KIO 1142/11, Legalis.

³⁶ Zob. wyr. KIO z 19.4.2013 r., KIO/UZP 792/13.

³⁷ Zob. wyr. ZA z 23.9.2004 r., UZP/ZO/0 1531/04.

W przypadku zaistnienia którejkolwiek ze wskazanych powyżej sytuacji zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium wraz z odsetkami. Wskazane przypadki dotyczą czynności związanych z zawarciem umowy, względnie z niemożliwością dokonania tej czynności z przyczyn, za które odpowiedzialny jest wykonawca, którego oferta została wybrana. Do zawarcia umowy dochodzi na ogół w terminie związania ofertą, zatem w przypadku, gdyby w całym tym okresie oferta nie była zabezpieczona wadium, zamawiający nie mógłby skorzystać z uprawnienia wynikającego z art. 46 ust. 5 PrZamPubl, o ile zaszłyby jedna z okoliczności w nim wskazanych. Z uwagi na przepisy PrZamPubl nakazujące zwrot wadium wszystkim wykonawcom, z wyjątkiem wykonawcy którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wadium pełni rolę dodatkowego zastrzeżenia gwarantującego zawarcie umowy. Zastrzeżenie to jednak ma charakter warunkowy, wynika ze złożonej oferty i jej ewentualnego przyjęcia przez zamawiającego w następstwie wyboru najkorzystniejszej oferty³⁸. Jeżeli nie występuje okoliczność uchylania się od zawarcia umowy wniesione przez wykonawcę wadium musi zostać zwrócone, jeżeli wykonawca złoży zabezpieczenie wykonania umowy.

Tym samym wadium zabezpiecza zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana. Wadium złożone przez wykonawcę, którego oferta została uznana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza zabezpiecza od chwili wyboru najkorzystniejszej oferty zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wadium w rozumieniu zabezpieczenia zostało ukształtowane na wzór zadatku³⁹. W doktrynie prawa cywilnego zauważa się podobieństwo instytucji zadatku do instytucji wadium⁴⁰. Pozwala to na stosowanie przepisów o zadatku do instytucji wadium, co dotyczy np. zatrzymania wadium⁴¹.

Funkcja zabezpieczająca wadium pozwala na zaspokojenie zamawiającego, w sytuacji, gdy z powodu określonych okoliczności nie dojdzie do podpisania umowy z wybranym wykonawcą. Możliwość realizacji funkcji odszkodowawczej – zatrzymanie wadium na wypadek uchylania się przez wykonawcę, które-

³⁸ Wyr. SA w Szczecinie z 29.9.2014 r., I ACa 372/14; zob. też wyrok SA w Białymstoku z 18.06.2014 r., I ACa275/14.

³⁹ P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2014, s. 105 i n.

⁴⁰ Zob. F. Błahuta, [w:] J. Ignatowicz (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 1972, s. 939; Z. Radwański, [w:] System Prawa Cywilnego, t. III, Ossolineum 1981, s. 461–462; J. Rajski, Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym, s. 158; wyr. SN z 7.3.1979 r., III CRN 308/78, Legalis.

⁴¹ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, Zobowiązania. Zarys wykładu, s. 186–187.

go oferta została wybrana od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego⁴².

Funkcja wadium jako zabezpieczenia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego aktualizuje się w sytuacji, gdy wykonawca odmówił podpisania umowy. Stanowi o tym, art. 46 ust. 5 pkt 1 PrZamPubl. Dlatego też funkcję zabezpieczającą zawarcie umowy wiąże się z funkcją kompensacyjną. Wadium w tej sytuacji stanowi dla zamawiającego odszkodowanie o określonej wartości na wypadek, gdyby wybrany wykonawca uchylał się do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Odmowa podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczy zarówno sytuacji, gdy wykonawca odmówił w ogóle podpisania umowy, jak i odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie. Zaistnienie tych okoliczności daje zamawiającemu prawo do zatrzymania wadium. Warto zauważyć, że odmowa podpisania umowy może także dotyczyć organizatora przetargu. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie regulują sytuacji, gdy od podpisania umowy uchyla się zamawiający. Pojawia się w związku z tym konieczność sięgnięcia do art. 70⁴ § 2 zd. 3 w zw. z art. 14 KC. W tej sytuacji bowiem ma podstaw do uznania, że charakter i specyfika zamówień publicznych sprzeciwiają się stosowaniu takiej samej zasady tak w odniesieniu do wykonawcy, jak i w stosunku do zamawiającego⁴³. Zatrzymanie wadium wpłaconego w pieniądzu lub dochodzenie zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia możliwe jest w razie, gdy doszło do wpłacenia go lub udzielenia zabezpieczenia. Przepisy art. 46 ust. 5 pkt 1 PrZamPubl i art. 704 § 2 KC nie stanowią podstawy do żądania przez zamawiającego od wykonawcy, którego oferta została wybrana zapłaty kwoty wadium, jeżeli nie doszło do jego wniesienia.

1. Wniesienie wadium jako warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Zamawiający, co do zasady żąda wniesienia wadium. Jeżeli zamawiający wprowadził wymóg wadium, to jego wniesienie umożliwia wykonawcy udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednak samo wniesienie wadium w wysokości określonej przez zamawiającego nie oznacza, że zostało ono skutecznie wniesione. Tylko bowiem skuteczne wniesienie wadium realizuje funkcję zabezpieczenia złożonej przez wykonawcę oferty, gdy wadium jest wymagane.

⁴² Wyr. SO z 6.3.2012 r., VIII Ga 65/12; zob. też A. Łuszyński-Zajac, Skutki prawne wniesienia wadium przetargowego, PiP 2001, z. 5, s. 69.

⁴³ Wyr. SN z 22.4.2010 r., V CSK 321/09, Legalis.