

Komu zwrócić wadium

Kwestia zwrotu wadium, uregulowana w art. 46 ust. 1-4 ustawy Prawo zamówień publicznych i wielokrotnie interpretowana zarówno w komentarzach do ustawy, jak i w opiniach prawnych Urzędu Zamówień Publicznych, nie budzi dziś, mogłoby się wydawać, żadnych trudności interpretacyjnych. Okazało się jednak, że nawet przy zachowaniu przez zamawiającego najwyższej staranności mogą pojawić się trudności.

PRZETARG BEZ POTKNIĘĆ

Zamawiający sporządził specyfikację istotnych warunków zamówienia, postanawiając, iż wykonawcy muszą wnieść wadium oraz informując, że zgodnie z art. 45 ust. 6 wykonawcy mogą wnieść wadium w pieniądzu, poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym, w gwarancjach bankowych,

do oferty bądź wnieść osobno, byle tylko dokonano tego przed upływem terminu składania ofert.

Przetarg cieszył się bardzo dużą popularnością, złożono w nim kilkanaście ofert, z czego kilka od wykonawców spoza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Znaczna większość ofert była zabezpieczona wadium w formach gwarancji ubezpieczeniowych lub bankowych. W przetargu udało się wyłonić zwycięzcę,

Piotr Wiśniewski

Prawnik, kierownik Zespołu ds. Prawnych w Związku Międzygminnym ds. Ekologii w Żywcu

Ponieważ gwarancja wadium została umieszczona w ofercie, nie mogła zostać z niej usunięta ani zastąpiona np. kopią gwarancji, pod groźbą odpowiedzialności karnej z art. 276 Kodeksu karnego, stwierdzającego, iż: Kto niszczy, uszkodza, czyni bezużytecznym, ukrywa lub usuwa dokument, którym nie ma prawa wyłącznie rozporządzać, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

gwarancjach ubezpieczeniowych oraz poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Mając na uwadze poglądy doktryny, zamawiający opisał też, że wadium wnoszone w innej formie niż pieniądź można załączyć

po ostatecznym rozstrzygnięciu kilku protestów. Jak się okazało, nie zakończyło to perypetii związanych z postępowaniem. Po pewnym czasie od rozstrzygnięcia przetargu jeden z wykonawców mających siedzibę we Francji złożył wniosek o zwrot wadium. Był to wykonawca, który zaproponował bardzo wysoką cenę ofertową (cena była jedynym kryterium



fol. Theta

oceny ofert). Został zresztą wykluczony z postępowania i nie wniósł środka ochrony prawnej w postaci protestu, a więc nie miał on już żadnych szans na uzyskanie zamówienia. Ponieważ umowa nie była jeszcze podpisana w chwili złożenia wniosku, zamawiający rozpatrzył wniosek o zwrot wadium pod kątem dyspozycji art. 46 ust. 2 pkt 2 ustawy, mówiącego, że wadium zwraca się niezwłocznie na wniosek wykonawcy wykluczonego z postępowania. Jak się okazało, wykonawca ten złożył wadium, dołączając oryginał gwarancji bankowej wystawionej przez francuski bank do oryginału oferty.

ZWROT GWARANCJI BANKOWEJ

Zamawiający stwierdził, że nie może zwrócić wadium z dwóch powodów. Po pierwsze, powołał się na art. 97 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 2 ustawy, mówiący, że zamawiający przechowuje protokół wraz z załącznikami przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność. Oferty zaś stanowią załączniki do protokołu. Ponieważ gwarancja wadium została umieszczona w ofercie, nie mogła zostać z niej usunięta ani zastąpiona np. kopią gwarancji, pod groźbą odpowiedzialności karnej z art. 276 Kodeksu karnego, stwierdzającego, iż: *Kto niszczy, uszkadza, czyni beużytecznym, ukrywa lub usuwa dokument, którym nie ma prawa wyłącznie rozporządzać, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.*

Innym argumentem przemawiającym za niezwracaniem dokumentu wadium był fakt, że gwarancja ta utraciła ustawowe znamiona wadium, ponieważ wygasła jej ważność. Zgodnie z art. 704 § 1 Kodeksu cywilnego: *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 zapłaty.* Upływ terminu ważności gwarancji bankowej powoduje brak możliwości jej wyegzekwowania, a co za tym idzie, przestaje ona być „wadium”. Nie można zaś zwrócić wadium, kiedy go już w ogóle nie ma.

Przepisy dotyczące niezwłocznego zwrotu wadium mają na celu przede wszystkim zobligowanie zamawiającego do rychłego oddania kwoty pieniężnej zdeponowanej jako zabezpieczenie postępowania o udzielenie zamówienia po jego zakończeniu. Nie można bowiem bez żadnej podstawy prawnej przetrzymywać pieniędzy wykonawców, kiedy zakończył się przetarg. Czym innym jest jednak wadium w formie dokumentu, którego termin ważności się skończył. Nie można wtedy uważać go nadal za wadium, o jakim mowa w artykułach 45 i 46 ustawy.

Wykonawcy bardzo zależało na odzyskaniu dokumentu wadium, ponieważ, jak argumentował, groziły mu za niezwrócenie tego dokumentu pewne opłaty wobec banku.

Dopiero po kilku dodatkowych wyjaśnieniach zamawiający zdołał go przekonać do swoich racji. Jak się okazało, wystarczyło bankowi złożyć stosowne oświadczenie, iż zamawiający nie wysuwa i wysuwać nie będzie żadnych roszczeń dotyczących nieważnej już i niemożliwej do zrealizowania gwarancji wadialnej.

BYŁO WADIUM, ZABRAKŁO OFERTY

W tym samym przetargu przed upływem terminu składania ofert zamawiający stwierdził wpływ na konto wymaganej sześciocyfrowej kwoty wadium od pewnego podmiotu. Po otwarciu wszystkich ofert zorientowano się, iż podmiot, który wpłacił wadium, nie złożył oferty. Z treści tytułu przelewu można było odczytać, że wadium pochodzi od wykonawcy zagranicznego z siedzibą w Wielkiej Brytanii. W takiej sytuacji trudno w ogóle mówić, że jest to wadium, ponieważ nie ma oferty, którą miałyby ono zabezpieczać. Naturalną tego konsekwencją jest obowiązek zwrotu otrzymanych pieniędzy, których zamawiający nie powinien przechowywać na swoim koncie, jako że nie ma do nich żadnego prawa.

Na pierwszy rzut oka wydaje się to prosta czynność, gdyż wystarczy przelać otrzymane pieniądze na rachunek, z którego nadeszły, ewentualnie na inny rachunek wskazany wyraźnie przez właściciela pieniędzy. Niestety, w opisywanym przypadku szybko okazało się, że czynność ta urasta niemal do roli misji niemożliwej do wykonania.

Nieoczekiwanym kłopotem stało się to, że wpłacającym był podmiot zagraniczny, a w sprawie zwrotu wadium odezwała się tylko spółka prawa handlowego zarejestrowana w Polsce. Wnioskując z nazwy, wydawało się, że wykonawca angielski i owa spółka z Polski są powiązani ze sobą, aczkolwiek to tylko przypuszczenia, bo żadnego formalnego dokumentu potwierdzającego zamawiający nie otrzymał. Spółka ta wyjaśniła, że wykonawca zagraniczny wraz z nią miał zamiar złożyć ofertę w postępowaniu, jednak rozmyślił się i tego nie uczynił.

Na początku poradzono, aby pieniądze wysłać na numer rachunku bankowego, z którego zostały przebrane. Jednak uwidoczniony na wydruku historii wpływów na konto numer rachunku był tak zwany „rachunkiem technicznym”. Na ten rachunek nie można było zlecić żadnego przelewu, służył on tylko jako swoisty rachunek pośredniczący w przelewie z banku zagranicznego. Niezbędne więc w tym przypadku było określenie innego rachunku zwrotnego. Po wymianie kilku pism, tudzież telefonów, zamawiający otrzymał numer konta w banku z Wielkiej Brytanii; na ten numer poproszono o zwrot pieniędzy.

Zamawiający nabrał jednak podejrzeń czy to wystarczająca podstawa, by taki przelew zrobić, gdyż inny podmiot prowadził korespondencję i podał numer konta, a inny w rzeczywistości wpłacił pieniądze. Postanowiono więc bezpośrednio skontaktować się z wykonawcą zagranicznym z siedzibą w Londynie, przesyłając pismo w językach polskim i angielskim z prośbą o potwierdzenie, że konto podane przez spółkę z Polski jest właściwym do zwrotu pieniędzy. Niestety, zamawiający nie doczekał się do chwili obecnej żadnej odpowiedzi i wciąż nie ma pewności, co zrobić z niechcianą, pokaźną sumą.

Przepisy dotyczące niezwłocznego zwrotu wadium mają na celu przede wszystkim zobligowanie zamawiającego do rychłego oddania kwoty pieniężnej zdeponowanej jako zabezpieczenie postępowania o udzielenie zamówienia po jego zakończeniu. Nie można bowiem bez żadnej podstawy prawnej przetrzymywać pieniędzy wykonawców, kiedy zakończył się przetarg. Czym innym jest jednak wadium w formie dokumentu, którego termin ważności się skończył. Nie można wtedy uważać go nadal za wadium, o jakim mowa w artykułach 45 i 46 ustawy.

Ostrożność zamawiającego jest uzasadniona. Ustawa nie przekazuje żadnych wytycznych, gdzie zwrócić wadium wniesione w pieniądzu. Winno być ono zwrócone wykonawcy, który je wniósł, nie jest jednak powiedziane, że musi ono być oddane na rachunek, z którego zostało wpłacone. Jeśli jednak rachunek ten nie jest podany w samym poleceniu przelewu, zamawiający musi ponad wszelką wątpliwość upewnić się, że nie popełni błędu, przelewając należną kwotę komuś innemu, narażając się jednocześnie na poważne konsekwencje takiego czynu. Jak widać, swego rodzaju niefrasobliwość wykonawców, niedbających o odbiór swoich pieniędzy, utrudnia zgodne z prawem działanie i może postawić zamawiającego w dziwnej sytuacji, kiedy nie może oddać czegoś, co mu się nie należy. ■