

Warszawa, 3 kwietnia 2020 r.

Sz. P. Hubert Nowak
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Szanowny Panie Prezesie,

w imieniu Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych, na podstawie art. 154c ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wnosimy o wydanie opinii dotyczącej stosowania przez zamawiających art. 46 ust. 5 pkt 1-3 PZP w przypadku, gdy okoliczności określone w tym przepisie zostały spowodowane działaniem siły wyższej, w tym wystąpieniem pandemii COVID-19.

Uważamy, że zajęcie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stanowiska w tej sprawie i jego opublikowanie na stronie internetowej Urzędu jest pożądane z uwagi skalę problemu, z jakim borykają się obecnie uczestnicy rynku zamówień publicznych. Związane jest to z praktyką niektórych zamawiających, którzy zatrzymują wadium mimo że brak możliwości zawarcia umowy lub wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy wynika z obecnej nadzwyczajnej, na skutek działania siły wyższej, zmiany okoliczności pomiędzy dniem złożenia oferty (mającym miejsce przed wystąpieniem pandemii) a datą dokonania jej wyboru i wezwaniem do zawarcia umowy, a zatem nie jest spowodowane przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy, zaś wprowadzone powszechnie środki ostrożności, mające zapobiegać rozprzestrzenianiu się COVID-19, mogą powodować obiektywny brak możliwości zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie z powodów nie leżących po stronie wykonawcy.

I. Uzasadnienie potrzeby wydania opinii

W przepisie art. 46 ust. 5 PZP określone zostały przesłanki zatrzymania wadium wniesionego przez wykonawcę, którego oferta została wybrana. W ocenie SPZP, z uwagi na sankcyjny i restrykcyjny charakter instytucji zatrzymania wadium, przepis ten powinien podlegać ścisłej interpretacji a ocena zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium powinna być dokonywana przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności występujących w danej sprawie¹.

W praktyce często widoczny jest jednak pewien automatyzm w stosowaniu przez zamawiających określonych w tym przepisie przesłanek zatrzymania wadium, polegający na zatrzymywaniu wadium w każdym przypadku, w którym nie doszło do zawarcia umowy

¹ Tak też SO w Krakowie w wyr. z dnia 13.05.2016 r., II Ca 437/16, Legalis.

z innych przyczyn niż leżące wyłącznie po stronie zamawiającego, nawet jeśli przyczyny te zostały spowodowane wystąpieniem i działaniem siły wyższej (w tym pandemii COVID-19), za której działanie przecież ani zamawiający, ani wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Takie stosowanie przepisu art. 46 ust. 5 PZP rodzi poważne wątpliwości co do zgodności z prawem (co zostanie przedstawione w dalszej części pisma), ale też skutkuje przerzuceniem na wykonawców nieograniczonej, bezwzględnej odpowiedzialności za wszelkie przypadki, w których nie doszło do zawarcia umowy. Prawdopodobnie w znacznym stopniu stanowi pochodną obawy o poniesienie indywidualnej odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przypadku niezatrzymania wadium – co również potwierdza celowość wydania opinii w przedmiotowym zakresie. Obecny sposób stosowania art. 46 ust. 5 pkt 1-3 PZP przez znaczną część zamawiających niewątpliwie powoduje negatywne konsekwencje dla rozwoju rynku zamówień publicznych, a w szczególności obniża zainteresowanie wykonawców udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Prawidłowe stosowanie przepisu art. 46 ust. 5 PZP przez zamawiających wymaga zatem przesądzenia, czy zatrzymanie wadium jest uprawnione w przypadku, kiedy wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił 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

- z powodu okoliczności związanych z wystąpieniem siły wyższej, za jaką SPZP uznaje również wystąpienie pandemii COVID-19.

II. Uzasadnienie dotyczące istoty zagadnienia prawnego mającego być przedmiotem opinii

1. COVID-19 jako siła wyższa

Na wstępie należy zwrócić uwagę, że pojęcie siły wyższej nie zostało w prawie polskim unormowane, pomimo że szereg przepisów prawa do niego się odwołuje. Rozumienie siły wyższej i skutków jej działania zostało wypracowane w doktrynie i orzecznictwie. Podstawowe koncepcje zostały rozwinięte na tle prawa zobowiązań, przy rozważaniu siły wyższej jako przyczyny usprawiedliwiającej niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania. Biorąc pod uwagę wypracowane poglądy, siłę wyższą ujmuje się jako zjawisko zewnętrzne wobec powołującego się na jej wystąpienie (niezależne od jego działań lub zaniechań), nieuchronne, którego obiektywnie nie można było przewidzieć, ani mu zapobiec lub się przeciwstawić. Przyjmuje się też, że siłę wyższą tworzą zdarzenia, na które osoba

zainteresowana nie ma wpływu i którym przy najdalej posuniętej staranności nie może zapobiec².

W podobny sposób pojęcie siły wyższej wyjaśnił Sąd Najwyższy na gruncie art. 121 pkt 4 KC (zawieszenia biegu przedawnienia roszczeń z powodu siły wyższej)³, powołując się m.in. na uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej z dnia 26.10.2007 r., III CZP 30/07 (OSNC 2008/5/43). SN wskazał, że pojęcie siły wyższej rozumiane jest w ujęciu obiektywnym, z tym że przy ocenie, czy mamy do czynienia z siłą wyższą należy brać pod uwagę także to, czy zainteresowana osoba mogła przeciwdziałać i zapobiec działaniu obiektywnych zdarzeń, składających się na siłę wyższą. W konsekwencji za siłę wyższą uznaje się zdarzenie, które jest zewnętrzne, niemożliwe do przewidzenia i któremu nie można było zapobiec. Nie ulega wątpliwości, że za siłę wyższą można również uznać działanie władzy państwowej. Sąd Najwyższy przypomniał, że w orzecznictwie SN⁴ wskazano, że o istnieniu stanu siły wyższej świadczą przykładowo takie okoliczności, jak ryzyko oczywistej nieskuteczności podejmowanych działań, stan niemożności efektywnego dochodzenia na drodze prawnej zwrotu rzeczy, czy też brak faktycznej możliwości skorzystania przez poszkodowanych z wymiaru sprawiedliwości określanej także jako faktyczna niemożliwość skorzystania z prawa do sądu z przyczyn natury ogólnej.

Na gruncie poglądów wypracowanych przez orzecznictwo i doktrynę jako przykłady siły wyższej określane są zdarzenia związane z:

- 1) działaniami sił przyrody lub zagrożeniami epidemiologicznymi,
- 2) nadzwyczajnymi zdarzeniami dotyczącymi ogółu, typu działania zbrojne, zamieszki, strajki generalne,
- 3) działaniami władzy państwowej, np. zakazami importu, eksportu, zamknięciem granic.

Stąd w ocenie SPZP okoliczności związane z wystąpieniem pandemii COVID-19, w tym zastosowane lub zalecane przez organy władzy państwowej środki ostrożności w celu zapobiegania rozpowszechnianiu koronawirusa wypełniają kryteria działania siły wyższej.

2. Wpływ siły wyższej na odpowiedzialność wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy

Należy zauważyć, że wystąpienie siły wyższej na etapie realizacji umowy (niezależnie od tego, czy w umowie zdefiniowano siłę wyższą i przewidziano skutki jej działania) co do zasady

² Tak System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, T. 2, pod red. *Zbigniewa Radwańskiego* i *Bogudara Kordasiewicza*, SIP Legalis oraz powołane tam poglądy.

³ Postanowienie SN z dnia 16.09.2011 r., IV CSK 77/11, Legalis.

⁴ Sąd Najwyższy powołał się na następujące orzeczenia SN: z dnia 11 października 1996 r., III CZP 76/96, SIP Legalis; z dnia 11 lutego 1997 r., II CKN 78/96, SIP Legalis; z dnia 13 grudnia 2001 r., IV CKN 307/01, SIP Legalis; z dnia 4 września 2003 r., IV CKN 420/01, SIP Legalis; z dnia 13 stycznia 2004 r., SIP Legalis; z dnia 13 października 2005 r., I CK 162/05, SIP Legalis.

stanowi przesłankę zwalniającą wykonawcę z odpowiedzialności odszkodowawczej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, w tym z zapłaty zastrzeżonych kar umownych z tytułu nieterminowej dostawy lub odstąpienia przez wykonawcę lub zamawiającego od umowy, o ile niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy stanowi konsekwencję działania siły wyższej. Zgodnie z podstawową zasadą odpowiedzialności kontraktowej, wyrażoną w art. 471 Kodeksu cywilnego (dalej jako: „KC”), wykonawca zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi. Również art. 476 KC zwalnia stronę niewywiązującą się z umowy z odpowiedzialności za opóźnienie w spełnieniu świadczenia, jeśli opóźnienie to jest następstwem okoliczności za które strona ta nie ponosi odpowiedzialności. Brak możliwości prawidłowego wykonania zobowiązań wynikających z umowy na skutek działania siły wyższej, w tym okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, bez wątplenia stanowi okoliczność, za którą wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Z tych samych względów nie ma podstaw do naliczania kar umownych z tytułu nieterminowej realizacji dostaw lub rozwiązania umowy przez którąkolwiek ze stron. Stosowane na podstawie art. 483 § 1 KC kary umowne stanowią bowiem zryczałtowane odszkodowanie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Jak wskazał SA w Białymstoku w wyr. z dnia 17 marca 2017 r.⁵, kara umowna wpisana jest w reżim odpowiedzialności odszkodowawczej, a przepis art. 483 § 1 KC od określonego w art. 471 KC odszkodowania, w zasadzie różni się tylko tym, że przysługuje bez względu na wysokość poniesionej szkody.

Niezależnie od powyższych regulacji Kodeksu cywilnego, konieczność uwzględnienia okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 podczas ustalania zasadności dochodzenia kar umownych lub odszkodowań z tytułu nienależytego wykonania umowy została potwierdzona w art. 15r ust. 6 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374 ze zm.; dalej jako: „ustawa COVID-19”). Jednocześnie w art. 15s ustawy COVID-19 określono wprost, że nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych nieustalenie lub niedochodzenie od strony umowy w sprawie zamówienia publicznego należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem tej umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19.

3. Wpływ siły wyższej, w tym okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, na stosowanie art. 46 ust. 5 pkt 1-3 PZP

Biorąc pod uwagę wpływ skutków działania siły wyższej na możliwość ustalenia i dochodzenia odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, nie sposób przyjąć, że skutki siły wyższej pozostają bez znaczenia dla oceny prawidłowości zatrzymania wadium na gruncie art. 46 ust. 5 pkt 1-3 PZP.

⁵ Wyr. SA w Białymstoku z dnia 17 marca 2017 r., I ACa 879/16, Legalis.

Należy zauważyć, że w przypadku wielu postępowań odmowa zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie lub niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub brak możliwości zawarcia umowy może wynikać z nadzwyczajnej, na skutek działania siły wyższej, zmiany okoliczności pomiędzy dniem złożenia oferty (mającym miejsce przed wystąpieniem pandemii) a datą dokonania jej wyboru i wezwaniem do zawarcia umowy, a zatem nie jest spowodowana przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy. W szczególności wprowadzone przez poszczególne kraje środki ostrożności, mające zapobiegać rozprzestrzenianiu się COVID-19, w tym m.in.:

- 1) zakaz eksportu określonych towarów (np. produktów leczniczych lub wyrobów medycznych – w Polsce określony w art. 78a ust. 2 Prawa farmaceutycznego),
- 2) zamknięcie granic,
- 3) zamknięcie zakładów produkcyjnych lub ograniczenia produkcji,
- 4) utrudnienia transportowe,
- 5) ograniczenia w zakresie możliwości przemieszczania się ludzi, wprowadzenie obowiązkowej kwarantanny,
- 6) zalecenia pracy zdalnej i ograniczenia do minimum bezpośrednich kontaktów z ludźmi

- mogą powodować obiektywny brak możliwości zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie z powodów nie leżących po stronie wykonawcy. **Będzie tak np. w przypadku umów na dostawę towarów deficytowych, które stały się niedostępne w związku z nadzwyczajnym wzrostem zapotrzebowania i zakazem eksportu (np. na dostawę środków ochrony indywidualnej lub sprzętu medycznego), umów, w których świadczenie w określonym terminie nie jest możliwe ze względu na przerwanie łańcucha dostaw lub brak możliwości zaangażowania osób, które miały być zaangażowane w realizację zamówienia i brak możliwości ich zastąpienia w tym czasie.**

Przy ustalaniu zasadności zatrzymania wadium wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem siły wyższej na brak możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego powinien być wykazany przez wykonawcę oraz podlegać ocenie przez zamawiającego.

3.1. Przesłanka określona w art. 46 ust. 5 pkt 1 PZP – wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych pomimo tego, że zawierają instytucję wadium w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, to nie definiują jednak pojęcia wadium, stąd konieczne jest w tym zakresie, poprzez odesłanie w art. 14 ust. 1 PZP – sięgnięcie do przepisów Kodeksu cywilnego, a dokładnie do art. 70⁴ § 1 oraz 2 KC, w których zdefiniowane zostało to pojęcie, wskazując przede wszystkim na funkcję zabezpieczającą, a jednocześnie wskazując, że pełni ono rolę zryczałtowanego odszkodowania.

Przy instytucji wadium nie można również zapominać o znajdujących się w przepisach Kodeksu cywilnego uregulowaniach odnoszących do instytucji przetargu (jako jednej z form zawarcia umowy – art. 70¹–70⁵ KC) i wypracowanego na ich gruncie dorobku doktryny oraz orzecznictwa sądowego w tym Sądu Najwyższego.

Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie dominuje ugruntowany pogląd co do tego, że ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w odpowiedzi na które wykonawca składa ofertę, kreuje stosunek zobowiązaniowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Zawiązany stosunek jest nazywany umową przetargową (*pactum de procedendo*, porozumieniem przedkontraktowym). Wynika to m.in. z treści przepisu art. 70¹ § 4 KC, zgodnie z którym *organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu*. Tym samym powstaje stosunek zobowiązaniowy określający reguły zachowań stron w toku dochodzenia do zawarcia umowy.

Potwierdzają to liczni komentatorzy, m.in. warto wskazać na następujące:

*„Na gruncie przepisów obowiązujących przed nowelizacją kodeksu cywilnego z 14.02.2003 r. w doktrynie i judykaturze wyrażano słuszne stanowisko, że ogłoszenie aukcji albo przetargu zawierające zaproszenie do składania ofert stanowi jednocześnie ofertę organizatora zawarcia umowy w przedmiocie dalszego przebiegu postępowania skierowaną do oferentów, którzy przyjmują ją, przystępując do aukcji albo przetargu poprzez złożenie ofert ogłaszającemu. Treść czynności prawnej zostaje wyznaczona oświadczeniem woli organizatora aukcji albo przetargu ujętym w ogłoszeniu i udostępnionych warunkach, wskazując powinny tok procesu kontraktowania oraz wzajemne prawa i obowiązki stron. W piśmiennictwie i orzecznictwie przedmiotowa umowa jest określana mianem „porozumienia przedkontraktowego” lub „umowy przetargowej” (*pactum de procedendo*). Zdaniem znacznej części doktryny dotychczasowe stanowisko zachowało aktualność także po dokonaniu nowelizacji kodeksu cywilnego, co potwierdziła judykatura. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 15.06.2007 r. podkreślił bowiem, że stosunki cywilnoprawne pomiędzy uczestnikami przetargu nawiązują się już z chwilą złożenia ofert. Czynność ta stanowi jednocześnie przyjęcie oferty zawarcia tzw. umowy przetargowej określającej reguły dojścia do umowy ostatecznej. Przyjętą koncepcję należy uznać za trafną także na gruncie zmienionego przepisu”⁶.*

„Przetarg stanowi sumę kolejnych, po sobie podejmowanych i dokonywanych czynności przewidzianych w ogłoszeniu i obowiązujących przepisach (uchwała SN z 2.08.1994 r., III CZP 96/94, OSNC 1995/1, poz. 11). Skutkiem dojścia do oferenta oświadczenia organizatora przetargu o przyjęciu jego oferty jest zawarcie umowy zbliżonej do umowy przedwstępnej o słabszych skutkach. Jest to końcowy etap postępowania przetargowego, kiedy oferta została wybrana, a nie zawarto jeszcze umowy ostatecznej, w tym przypadku przenoszącej własność nieruchomości (postanowienie SN z 15.06.2007 r., II CZ 37/07, LEX nr 488947). Ogłoszenie przetargu nie może być traktowane ani jako oferta, ani jako zaproszenie do rokowań. Jest ono

⁶ Krzysztof Czub, Maja Maciejewska-Szałas, Komentarz do art. 70(1) Kodeksu cywilnego, SIP LEX.

najbliższe temu, co określa się jako „zaproszenie do składania ofert”, aczkolwiek – trzeba zauważyć – przepisy prawa cywilnego nie znają i nie wyodrębniają takiej instytucji, w związku z tym można bronić zdania, że mamy tu do czynienia z czynnością prawną sui generis (B. Stąpała, Aukcje...). Między organizatorem a uczestnikiem przetargu (aukcji), ale także między poszczególnymi uczestnikami istnieją szczególne więzi prawne składające się na porozumienie przetargowe, z którego wynika zobowiązanie do określonego postępowania, zgodnego z zaproponowanymi przez organizatora, a zaakceptowanymi przez uczestników, warunkami przetargu (M. Jasiakiewicz, K. Oplustil, [w:] System Prawa Handlowego, t. 5, 2006, s. 207, 208)⁷.

„Istotne ograniczenie swobody organizatora wprowadza art. 70¹ § 3, przewidujący, że organizator może zmienić (lub odwołać) ogłoszenie, a także warunki aukcji albo przetargu, tylko wtedy, gdy zastrzeżono to w warunkach ogłoszenia. Oznacza to, że organizator jest związany treścią ogłoszenia od chwili złożenia oświadczenia o treści zawartej w ogłoszeniu. Związanie uczestników warunkami aukcji lub przetargu i tym samym obowiązek postępowania zgodnie z tymi warunkami wynika z tzw. umowy przetargowej określającej reguły dojścia do umowy ostatecznej. Umowa ta zawierana jest z chwilą złożenia ofert (postanowienie SN z 15.06.2007 r., II CZ 37/07, LEX nr 488947). Złożenie ofert oznacza akceptację dla postępowania przetargowego (aukcyjnego) określonego w ogłoszeniu i tym samym związanie postanowieniami ogłoszenia i warunkami aukcji lub przetargu (por. art. 70¹ § 4)⁸”.

Tym samym w przypadku zaistnienia, którejkolwiek z przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 5 PZP, samo ich zaistnienie nie może automatycznie powodować tego, że wadium jest zatrzymywane. Uznanie bowiem stosunku przetargowego jako umowy, powoduje, że niewykonanie przez wykonawcę określonych czynności (np. odmowa zawarcia umowy z powodu siły wyższej, która uniemożliwia wykonanie zobowiązania we wskazanym w SIWZ zakresie i zgodnie z treścią umowy), sprawia że takie zachowanie należy oceniać w kategoriach odpowiedzialności odszkodowawczej o charakterze kontraktowym (*culpa in contrahendo*). Zastosowanie zatem znajdzie przepis art. 471 KC, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Za taką okoliczność, która zwalnia dłużnika (w tym przypadku wykonawcę) należy uznać siłę wyższą, o której wyżej.

Przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca zmuszony zostałby do zawarcia umowy, której z uwagi na stan siły wyższej nie byłby w stanie wykonać, jednocześnie nie ponosząc w świetle art. 471 KC odpowiedzialności za jej niewykonanie.

Powyższe potwierdza również judykatura i tak dla przykładu warto wskazać na poniższe:

⁷ Piotr Nazaruk, Komentarz do art. 70(1) Kodeksu cywilnego, SIP LEX.

⁸ Bernard Łukańko, Komentarz do art. 70(1) Kodeksu cywilnego, SIP LEX.

W wyroku z dnia 19 marca 2003 r.⁹ Sąd Najwyższy wskazał m.in., że: „*Nie można przyjąć, że nie dojdzie do podpisania aktu notarialnego stanowić ma absolutną, nie doznającą wyjątków podstawę zatrzymania przez organizatora wadium, stanowiącego zabezpieczenie wykonania zobowiązania wykreowanego zakończeniem przetargu. Nie można wymagać od uczestnika przetargu, aby bez względu na istnienie wad przetargu albo podstawy do odstąpienia, był zobowiązany spełnić swoje świadczenie (złożyć oświadczenie woli kreującą umowę finalną w formie aktu notarialnego i zapłacić cenę), a dopiero później od niej odstąpić lub uchylać się od skutków wad oświadczenia woli*”.

W wyroku z dnia 25 sierpnia 2015 r.¹⁰ Sąd Apelacyjny w Katowicach, wskazał m.in., że: „*Art. 46 ust. 6 pkt 1 ustawy nie definiuje co prawda samoistnie - na potrzeby prawa zamówień publicznych pojęcia odmowy zawarcia umowy, nie mniej jednak należy przyjąć, że poprzez taką odmowę należy przyjąć bezpodstawne uchylanie się od zawarcia umowy przez wykonawcę, przy czym wola w tym przedmiocie może zostać wyrażona wprost, lub poprzez fakty konkludentne, z których wynika, że wykonawca nie zamierza zawrzeć z zamawiającym umowy na warunkach określonych w ofercie [...]. Jednocześnie zaznaczyć trzeba, że odmowa zawarcia umowy nie uzasadnia zatrzymania wadium, o ile takie działanie wykonawcy znajduje umocowanie w obowiązujących przepisach prawa*”.

3.2. Przesłanka określona w art. 46 ust. 5 pkt 2 PZP – wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy

W przypadku przesłanki, o której mowa w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy PZP, również należy przywołać argumentację jak w pkt 3.1. Nie można bowiem *a priori* zakładać, że nie wniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy leży tylko i wyłącznie po stronie wykonawcy. W przypadku bowiem siły wyższej również banki czy też ubezpieczyciele mogą ograniczyć swoją działalność. Wniesienie zaś wysokiego zabezpieczenia w formie pieniądza jest często niemożliwe.

3.3. Przesłanka określona w art. 46 ust. 5 pkt 3 PZP – zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy

Niezależnie od argumentacji przedstawionej w pkt 3.1. (bez konieczności jej powielania), warto zwrócić uwagę na wyrok z dnia 4 stycznia 2012 r.¹¹, w którym KIO wskazała, że przepis art. 46 ust. 5 pkt 3 PZP „*uzależnia zatrzymanie wadium od sytuacji, w której nie będzie możliwe zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikające z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ustawodawca zatem wyraźnie określił, że ta przesłanka zatrzymania wadium związana jest z wykonawcą – tak z jego określonymi działaniami, jak i zaniechaniami, które doprowadziły do sytuacji, w której niemożliwe jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego*”. Wśród przyczyn leżących po stronie wykonawcy wymienia się m.in.

⁹ Wyrok SN z dnia 14 marca 2003 r., I CKN 148/01, SIP Legalis.

¹⁰ Wyrok SA w Katowicach z dnia 25 sierpnia 2015 r., V ACa 96/15, SIP Legalis.

¹¹ Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2012 r., KIO 2752/11, SIP Legalis.

utrata wymaganych uprawnień, niedopełnienie formalności wymaganych przed zawarciem umowy, niewykazanie dostatecznego umocowania do zawarcia umowy (pomimo wezwań zamawiającego do usunięcia braków umocowania)¹².

Z kolei w wyroku z dnia 24 stycznia 2018 r.¹³ Sąd Apelacyjny w Krakowie wskazał m.in., że: *„Konieczne jest natomiast ustalenie niemożliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która powinna mieć charakter obiektywny, tj. brak możliwości zawarcia umowy powinien istnieć niezależnie od tego, jaki wykonawca (i jaki zamawiający) znalazłby się w podobnej sytuacji i niezależnie od ich woli w tym zakresie”*.

Podsumowując wskazać należy, że okoliczności będące konsekwencją wystąpienia siły wyższej, w tym COVID-19, mają charakter zewnętrzny wobec wykonawców. Nie są skutkiem ich działań lub zaniechań. Ich wystąpienie – biorąc pod uwagę powszechnie przyjęte za normalne warunki obrotu gospodarczego oraz obowiązek zachowania należytej staranności – nie jest możliwe do przewidzenia przez żadnego z wykonawców na etapie składania ofert. Mają zatem charakter okoliczności obiektywnych. W związku z tym, jeśli tylko okoliczności te mają wpływ na brak możliwości zawarcia umowy, nie sposób uznać, że stanowią przyczynę braku możliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Nie sposób też uznać, że w takim przypadku odmowa podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie stanowi podstawę do obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością odszkodowawczą (zatrzymaniem wadium), jeśli w świetle art. 471 KC nie ponosiłby on tej odpowiedzialności po zawarciu umowy.

Tym samym celem wydania tej opinii nie jest to, aby zamawiający w trakcie występowania stanu siły wyższej w ogóle nie korzystali z przepisów art. 46 ust. 5 pkt 1-3 ustawy PZP, ale żeby każdy przypadek odmowy czy braku możliwości zawarcia umowy przez wykonawcę był oceniany indywidualnie, z uwzględnieniem skutków działania siły wyższej.

W imieniu Zarządu Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych:



Aldona Kowalczyk
Prezes Zarządu



Jan Roliński
członek Zarządu

¹² Tak Ryszard Szostak, Przetargowy obowiązek zawarcia umowy o zamówienie publiczne w nowym ujęciu, PZP (kwartalnik) 2016, Nr 1, s. 127.

¹³ Wyrok SA w Krakowie z dnia 16 stycznia 2018 r., I ACa 862/17