

UZP/DP/O/026/240(2)/20/PK

KW-2465/20

Pani
Aldona Kowalczyk
Prezes Zarządu

Pan
Jan Roliński
Członek Zarządu

Stowarzyszenia Prawa Zamówień
Publicznych

Szanowna Pani Prezes,

w odpowiedzi na pismo z dnia 3 kwietnia 2020 r., stanowiące wniosek o wydanie opinii dotyczącej stosowania przez zamawiających art. 46 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej zwanej: „ustawa Pzp”, w przypadku, gdy okoliczności określone w tym przepisie zostały spowodowane okolicznościami niezależnymi od wykonawcy, w szczególności wystąpieniem stanu epidemii COVID-19, uprzejmie wyjaśniam, co następuje.

I.

Zgodnie z treścią art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami w przypadku, gdy 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 lub (3) gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Analizując przesłanki zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 5 ustawy Pzp nie można pomijać podkreślanego w doktrynie i orzecznictwie sankcyjnego oraz restrykcyjnego charakteru tego przepisu. Konsekwencją powyższego jest konieczność ścisłej interpretacji art. 46 ust. 5 ustawy Pzp w zakresie oceny spełnienia przesłanek zatrzymania wadium, a także konieczność uwzględnienia przy tej ocenie wszelkich okoliczności stanu faktycznego konkretnej sprawy. W powyższym kontekście należy podkreślić, że **norma prawna wskazana w treści art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, określająca sankcję w postaci zatrzymania wadium nie może być traktowana automatycznie.**

Z uwagi na dotkliwość sankcji przewidzianej w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, dochowujący należytej staranności zamawiający, w każdym przypadku zobowiązany jest do dokonania wnikliwej analizy konkretnego stanu faktycznego odnośnie zaistnienia przesłanek, o których mowa w tym

przepisie. Zamawiający przed podjęciem decyzji o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, powinien rzetelnie zbadać przyczyny odmowy podpisania umowy lub niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Powinien również zbadać i ocenić okoliczności sprawy, w sytuacji, w której zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Biorąc pod uwagę obecne realia, wynikające z panującej epidemii COVID-19, zamawiający w szczególności powinien zbadać, czy wskazane w przepisie art. 46 ust. 5 ustawy Pzp okoliczności nie wynikają z przyczyn niezależnych od wykonawcy np. z uwagi na utrudnienia w transporcie, niedobory określonego rodzaju towarów z uwagi na przerwanie łańcucha dostaw lub utrudnienia w przepływie osób związane ze stanem epidemii itp. **Należy jednak wyraźnie podkreślić, że w takim przypadku wymagane jest ustalenie, iż zaistniałe nadzwyczajne okoliczności rzeczywiście, w sposób bezpośredni i realny skutkują brakiem możliwości wykonania umowy na pierwotnych warunkach określonych w ofercie wykonawcy, uniemożliwiają wniesienie wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy lub są okolicznościami niewywołanymi przez działanie samego wykonawcy.** Ocena tych okoliczności w każdym przypadku musi być przeprowadzona w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego i nie może być automatyczna.

Należy zwrócić uwagę, że również wykonawcy powinni wykazać aktywność w związku z badaniem przez zamawiającego zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. **Dochowujący należytej staranności wykonawca powinien przedstawić zamawiającemu rzetelną informację na temat okoliczności stanu faktycznego sprawy i wykazać, że okoliczności wskazane w art. 46 ust. 5 Pzp nie wynikają z przyczyn leżących po jego stronie.**

II.

W ramach analizowanego zagadnienia, związanego z interpretacją i stosowaniem przesłanek zatrzymania wadium w kontekście okoliczności wywołanych epidemią COVID-19 zwrócić należy również uwagę na poniższe kwestie.

Celem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest realizacja potrzeb instytucji zamawiającej poprzez nabycie przez zamawiającego określonego rodzaju niezbędnych dla jego funkcjonowania lub realizacji określonych zadań - dostaw, usług lub robót budowlanych. Niewątpliwie zaistnienie okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp niweczy ten cel.

Z tego też względu niezmiernie istotne jest podejmowanie przez strony przyszłej umowy o zamówienie publiczne działań, które pozwoliłyby na uniknięcie negatywnych skutków dla postępowania, w postaci nie zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W tym kontekście należy wskazać, że w przypadku, gdy obie strony, tj. zamawiający i wykonawca są zainteresowane zawarciem umowy, ale z uwagi na zmienioną sytuację, nie mogą jej zawrzeć na warunkach wskazanych w ofercie, wówczas **zasadnym wydaje się rozważenie przez strony możliwości zmiany projektu umowy o ile spełnione będą przesłanki do zmiany umowy w trybie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp,** która zostałaby zawarta w wyniku tego postępowania. Przy założeniu, że spełnione zostaną przesłanki dopuszczalności zmiany umowy, określone w ww. przepisie, działanie takie pozwolić może na dostosowanie warunków realizacji kontraktu do zmienionych nadzwyczajnymi zdarzeniami okoliczności.

Należy przy tym wskazać, iż w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych, **dyspozycja art. 144 ust. 1 ustawy Pzp może znaleźć zastosowanie do zmiany umowy o zamówienie publiczne zarówno w przypadku, gdy zdarzenie określone jako przesłanka zmiany umowy, zaistniało przed zawarciem umowy, jak i po dacie jej zawarcia.** O dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego przed jej zawarciem wypowiedział się Sąd Okręgowy w Nowym Sączu w

wyroku z dnia 2 czerwca 2005 r. (sygn. III Ca 262/05), w którym wskazano, że nie ma przeszkód, aby przepis art. 144 ust. 1 Pzp zastosować odpowiednio po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy. Skoro ustawodawca dopuszcza - w określonych sytuacjach - dokonywanie zmian postanowień umowy już zawartej, to tym bardziej możliwe są zmiany w przyszłej umowie.

W konsekwencji, **jeżeli zarówno zamawiający jak i wykonawca wyrażają wolę zawarcia umowy na zmienionych warunkach, a zmiana taka pozostaje w zgodzie z dyspozycją art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, to może ona zostać wprowadzona i uwzględniona jeszcze przed zawarciem umowy.** Takie działanie pozwoli na realizację zamówienia, tj. zaspokojenie potrzeb zakupowych zamawiającego, a jednocześnie na uniknięcie negatywnych konsekwencji dla wykonawcy (tj. utraty wadium), który nie jest w stanie zrealizować zamówienia publicznego na warunkach wskazanych w ofercie, z uwagi na wystąpienie nieprzewidywalnych okoliczności.

Analizując zagadnienie stosowania przepisu art. 46 ust. 5 ustawy Pzp w kontekście okoliczności wywołanych epidemią COVID-19 nie można również pominąć zapisów ustawy z dnia 2 marca 2020 r. *o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych* (Dz. U. z 2020 r. poz 374 ze zm.) w szczególności art. 15r tej ustawy, który dotyczy zmian w umowie o zamówienie publiczne.

Wskazać należy, że szczególne okoliczności wywołane epidemią COVID-19 mogą powodować różnorodne, poważne trudności w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, ale także wywoływać problemy z realizacją kontraktów już zawartych. W zaistniałej sytuacji należy zatem dostosować działania do aktualnych realiów. Odnosząc powyższe do analizowanego problemu wskazać należy, że zamawiający, mając na uwadze zaistniałą sytuację epidemii COVID-19, w każdym przypadku powinien wziąć pod uwagę realia stanu faktycznego konkretnej sprawy oraz podnoszone przez wykonawcę okoliczności związane z epidemią COVID-19 przy ocenie przesłanek zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. W sytuacji, w której przyczyny powodujące brak możliwości zawarcia umowy leżą po stronie wykonawcy, jednak mają charakter obiektywny, tzn. taki, że umowy nie można byłoby zawrzeć niezależnie od tego, jaki wykonawca i jaki zamawiający znalazłby się w podobnej sytuacji i niezależnie od ich woli w tym zakresie, nie jest uzasadnione sankcjonowanie wykonawcy poprzez zatrzymanie wniesionego przez niego wadium.

Z poważaniem

Bogdan Artymowicz

Dyrektor

Departamentu Prawnego

- podpisano elektronicznie -