

155/9/A/2008

WYROK

z dnia 17 listopada 2008 r.

Sygn. akt SK 62/06*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Mirosław Wyrzykowski – przewodniczący

Maria Gintowt-Jankowicz – sprawozdawca

Adam Jamróz

Marek Kotlinowski

Teresa Liszcz,

protokolant: Krzysztof Zalecki,

po rozpoznaniu, z udziałem skarżących oraz Sejmu, Prokuratora Generalnego i Rzecznika Praw Obywatelskich, na rozprawie w dniu 17 listopada 2008 r., skargi konstytucyjnej spółki Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Bydgoszczy spółka z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz spółki Tukaj Mapping Central Europe spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie o zbadanie zgodności:

art. 42 ust. 6 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, ze zm.), w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 29 sierpnia 2003 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 165, poz. 1591), z art. 2, art. 21 ust. 1, art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1 oraz art. 64 Konstytucji,

o r z e k a:

Art. 42 ust. 6 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591), w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 29 sierpnia 2003 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 165, poz. 1591), jest zgodny z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz nie jest niezgodny z art. 21 ust. 1, art. 32 ust. 1 i art. 64 ust. 3 Konstytucji.

UZASADNIENIE

I

1. W skardze konstytucyjnej, wniesionej 16 maja 2006 r., Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Bydgoszczy sp. z o.o. (dalej: OPGK) oraz Tukaj Mapping Central Europe sp. z o.o. (dalej: Tukaj MCE) zakwestionowali zgodność art. 42 ust. 6 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, ze zm.; dalej: ustawa o zamówieniach publicznych), w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 29 sierpnia 2003 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 165, poz. 1591;

* Sentencja została ogłoszona dnia 26 listopada 2008 r. 2008 r. w Dz. U. Nr 207, poz. 1306.

dalej: ustawa zmieniająca z 2003 r.), z art. 2, art. 21 ust. 1, art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1 oraz art. 64 Konstytucji.

Skarga została wniesiona w związku z następującym stanem faktycznym:

W dniu 21 października 2003 r. Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie (dalej: Agencja) ogłosiła, w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przetarg nieograniczony na realizację projektu na budowę baz danych Systemu Identyfikacji Działek Rolniczych z wykorzystaniem zdjęć lotniczych. W dniu 13 listopada 2003 r. OPGK oraz Tukaj MCE zawarli umowę o utworzeniu konsorcjum „System” w celu wspólnego przygotowania oferty odnośnie zamówienia Agencji oraz wzięcia udziału w postępowaniu przetargowym. Funkcję lidera konsorcjum pełnić miało OPGK. Po zapoznaniu się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz przyjęciu wszystkich zawartych w niej warunków, konsorcjum złożyło swoją ofertę, jednocześnie dokonując wpłaty ustalonego w zamówieniu wadium w kwocie 250 000 zł. Pismem z 18 listopada 2003 r. komisja przetargowa, zgodnie z art. 22 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych, wezwała oferenta do złożenia oświadczenia, czy pozostaje w stosunku zależności lub dominacji z innymi uczestnikami postępowania lub zamawiającym albo z osobami po stronie zamawiającego biorącymi udział w postępowaniu. Termin złożenia oświadczenia określony został na 24 listopada 2003 r. Ze względu na złożenie powyższego oświadczenia przez Tukaj MCE po terminie, komisja przetargowa, w oparciu o art. 22 ust. 7 ustawy o zamówieniach publicznych, wykluczyła obu partnerów konsorcjum z przetargu oraz na podstawie art. 22 ust. 5 w zw. z art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych odmówiła zwrotu wadium. Skarżący wystąpili przeciwko Agencji z powództwem o zapłatę kwoty wadium wraz z ustawowymi odsetkami. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy wyrokiem z 18 maja 2005 r. (sygn. I ACa 1176/05) oddalił powództwo, uznając prawidłowość decyzji komisji przetargowej Agencji o wykluczeniu skarżących z przetargu oraz odmowie zwrotu wadium. Sąd Apelacyjny w Gdańsku wyrokiem z 28 grudnia 2005 r. (sygn. akt I C 549/04) oddalił apelację skarżących jako bezzasadną.

Zaskarżony przepis art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych przewiduje, że niezłożenie przez dostawcę lub wykonawcę oświadczenia, czy pozostają w stosunku zależności lub dominacji z innymi uczestnikami postępowania lub zamawiającymi albo osobami po stronie zamawiającego biorącymi udział w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych, powoduje utratę wadium.

Zdaniem skarżących kwestionowany przepis narusza art. 21 ust. 1 oraz art. 64 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Sankcja w postaci utraty wadium, a więc pozbawienie skarżących części uzyskanego w wyniku działalności gospodarczej majątku, stanowi nadmierną ingerencję ustawodawcy w konstytucyjnie chronione prawo własności. Ustawodawca, kierując się zasadą proporcjonalności, powinien spośród dopuszczalnych środków wybrać najmniej dolegliwe, „niezbędne do osiągnięcia założonego i usprawiedliwionego konstytucyjnie celu”. Celem wadium jest ochrona interesów zamawiającego, w sytuacji gdy podmiot wygrywający przetarg nie zawiera umowy. Utrata wadium powinna być zatem dopuszczalna wyjątkowo, gdy oferent, uniemożliwiając wykonanie zamówienia, wyrządza zamawiającemu szkodę. W pozostałych wypadkach utrata wadium, w okolicznościach niewyrządzenia szkody i bez względu na istnienie zawinienia, stanowi nadmierną sankcję, prowadzącą do uzyskania przez zamawiającego w sposób bezprawny korzyści materialnych kosztem oferentów. Wystarczającą sankcją jest już wykluczenie oferentów z postępowania przetargowego.

W opinii skarżących kwestionowana regulacja „wykazuje szereg uzasadnionych wątpliwości oraz brak czytelnego celu, co (...) uzasadnia zarzut naruszenia art. 2 Konstytucji, tj. zasady przyzwoitej legislacji, zasady zaufania do państwa i stanowionego przezeń prawa”.

Zaskarżony przepis nie spełnia wymogów poprawnej legislacji, nie określa bowiem wprost, kto jest „beneficjentem” utraconego wadium oraz „egzekutorem” sankcji.

Skarżący wnoszą o rozpoznanie niniejszej skargi konstytucyjnej mimo utraty mocy obowiązującej przez zaskarżony przepis. Zdaniem skarżących zachodzi konieczność oceny konstytucyjności zaskarżonego przepisu z uwagi na ochronę konstytucyjnych wolności i praw.

2. Rzecznik Praw Obywatelskich zgłosił udział w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym w niniejszej skardze konstytucyjnej i w piśmie z 17 listopada 2006 r. przedstawił stanowisko, że zaskarżony przepis jest niezgodny z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Uzasadnienie stanowiska oparł na następujących argumentach:

Celem wadium jest ochrona interesów zamawiającego, w sytuacji gdy podmiot wygrywający przetarg nie zawiera umowy. „Wadium jawi się zatem przede wszystkim jako gwarancja zabezpieczenia zawarcia umowy”. Realizacji tego celu nie służy jednak zaskarżony przepis art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych. Przewiduje on bowiem utratę wadium, mimo że uczestnik został już, wskutek niezłożenia stosownego oświadczenia, wykluczony z postępowania przetargowego.

Prawo uczestnika postępowania przetargowego do zwrotu wadium, które mieści się w zakresie pojęcia „innego prawa majątkowego”, określonego w art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji, nie ma charakteru absolutnego. Jego ograniczanie musi jednak spełniać przesłanki dopuszczalności wynikające z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Regulacja zawarta w art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych tych warunków nie spełnia. Po pierwsze, sprawność toku postępowania przetargowego, która była przyczyną wprowadzenia zaskarżonego przepisu, nie należy do kategorii wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Nie może być zatem traktowana jako konstytucyjna przesłanka wprowadzenia ograniczeń prawa majątkowego. Po drugie, regulacja przewidująca utratę wadium nie była konieczna do osiągnięcia zamierzonego przez ustawodawcę celu. Sprawny tok postępowania zapewnia sankcja wynikająca z art. 22 ust. 7 ustawy o zamówieniach publicznych, w postaci wykluczenia z przetargu uczestnika postępowania, który nie złożył stosownego oświadczenia. Nie było zatem potrzeby sięgania po „bardziej dotkliwy i ingerujący w sferę konstytucyjnych praw środek w postaci utraty wadium”.

3. Marszałek Sejmu w piśmie z 22 stycznia 2007 r. zajął stanowisko, że zaskarżony przepis jest zgodny z art. 64 oraz nie jest niezgodny z art. 2, art. 21 ust. 1, art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 Konstytucji. Uzasadniając swoje stanowisko, powołał się na następujące argumenty:

Podstawowy wzorzec kontroli w niniejszej skardze konstytucyjnej stanowi art. 64 Konstytucji. Pozostałe, wymienione w *petitum* skargi, przepisy Konstytucji nie są źródłem konstytucyjnych praw podmiotowych i tym samym nie mogą stanowić samodzielnych wzorców konstytucyjnej kontroli.

Kwestionowany art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych stanowi formę „zabezpieczenia ważnego interesu publicznego, jakim jest prawidłowy tok postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych”. Cel ten nie mógł być osiągnięty przy zastosowaniu środków mniej dolegliwych. Utrata wadium ma charakter sankcji dyscyplinującej uczestników postępowania o zamówienia publiczne, która nie jest uzależniona od wyrządzenia szkody zamawiającemu. W swej funkcji zbliża się bowiem do kary umownej, czy też zadatku. Skarżący, znając brzmienie przepisu, powinni liczyć się z konsekwencjami niedopełnienia obowiązku polegającego na terminowym złożeniu stosownego oświadczenia. Ochrona postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, „a tym samym względ na ochronę środków publicznych, uzasadniał ostrzejsze traktowanie uczestników postępowania

przetargowego, niż wynikająca z art. 22 ust. 7 ustawy o zamówieniach publicznych sankcja w postaci wykluczenia z przetargu”.

Należy zatem uznać, że zostały spełnione przesłanki dopuszczalności ograniczania prawa majątkowego wynikające z art. 31 ust. 3 Konstytucji, takie jak: „przydatność, konieczność i proporcjonalność w ścisłym tego słowa znaczeniu”.

Zastosowanie wykładni systemowej wobec art. 42 ust. 6 w zw. z ust. 5 art. 42 ustawy o zamówieniach publicznych nie pozostawia żadnych wątpliwości, że utracone przez dostawcę lub wykonawcę wadium stanowi korzyść zamawiającego. Podobnie jak nie budzi wątpliwości zwrot „niezłożenie oświadczenia”. Chodzi bowiem o sytuację niezłożenia oświadczenia w terminie wskazanym przez zamawiającego. Nie można zatem stwierdzić, że przepis ten jest niezgodny z zasadą określoności prawa wynikającą z art. 2 Konstytucji.

Ponadto skarżący nie wnieśli skargi kasacyjnej, należy więc zastanowić się, czy został spełniony warunek ostateczności rozstrzygnięcia wynikający z art. 79 Konstytucji.

4. Prokurator Generalny w piśmie z 5 października 2007 r. przedstawił stanowisko, że art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych jest zgodny z art. 21 ust. 1 i art. 64 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz nie jest niezgodny z art. 2 i art. 32 ust. 1 Konstytucji. W uzasadnieniu swojego stanowiska Prokurator Generalny powołał następujące argumenty:

Konstrukcja wadium przyjęta w art. 70⁴ k.c. czyni je integralnym składnikiem stosunku aukcyjnego i przetargowego, wynikającego z akceptowanego przez przystępującego do przetargu zastrzeżenia organizatora. Organizator może bowiem zastrzec, że przystępujący, pod rygorem niedopuszczenia do przetargu albo aukcji, powinien wpłacić określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty. Zatrzymanie wadium stanowi zastępcze zaspokojenie organizatora i wyłącza dalszą odpowiedzialność majątkową oferenta. Wadium chroni więc także oferenta, uwalniając go od dotkliwych skutków odpowiedzialności odszkodowawczej. Przy czym organizatorowi należy się wadium niezależnie od tego, czy poniósł szkodę. Skutki wpłacenia wadium są zatem zbliżone do skutków zadatku. Obie instytucje stanowią formę zabezpieczenia pewności obrotu.

W sytuacji gdy przetarg dotyczy celu publicznego, finansowanego ze środków publicznych, określenie warunków przystąpienia do takiego przetargu stanowi obowiązek ustawodawcy. Ma on przy tym możliwość wprowadzenia regulacji bardziej rygorystycznych dla uczestników przetargu dotyczącego zamówienia, na realizację którego wydatkowane będą środki publiczne.

Celem wprowadzonej przez ustawodawcę sankcji w postaci utraty wadium było – co wynika z uzasadnienia projektu ustawy zmieniającej z 2003 r. – „zwiększenie skuteczności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i powstrzymanie oferentów od patologicznych działań prowadzących do unieważnienia postępowań”. Ustawodawca uznał, że dolegliwość związana z utratą wadium zabezpieczy postępowanie przetargowe przed nieprawidłowymi działaniami oferentów.

Należy zatem uznać, że w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji, została spełniona przesłanka konieczności wprowadzenia ograniczenia konstytucyjnie chronionego prawa. Ponadto ograniczenie to służyło nie tylko zwiększeniu sprawności postępowania przetargowego, ale – poprzez ochronę procedur, w wyniku których dochodziło do wydatkowania środków publicznych – zabezpieczeniu interesu publicznego przed nieuczciwą „grą rynkową”. Omawiana regulacja miała także charakter antykorupcyjny.

Nie można podzielić poglądu RPO o zastosowaniu przez ustawodawcę podwójnej sankcji wobec uczestnika przetargu, który nie wywiązał się z obowiązku złożenia stosownego oświadczenia. Charakter *stricte* sankcyjny ma bowiem jedynie utrata wadium. Wykluczenie z przetargu stanowi wyłącznie formalną, ustawową konsekwencję niespełnienia warunków gwarancyjnych przystąpienia do przetargu. Dotyczy zatem nie tylko niezłożenia oświadczenia

w wymaganym terminie, ale także sytuacji, gdy ze złożonego oświadczenia wynika, że oferent pozostaje w stosunku zależności z innymi uczestnikami postępowania o zamówienie publiczne.

Z tych samych powodów nie jest możliwe podzielenie zarzutów skarżących i RPO dotyczących naruszenia przez zaskarżony przepis konstytucyjnego prawa własności i innych praw majątkowych oraz ich równej ochrony prawnej (art. 21 ust. 1, art. 64 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Nie można także zgodzić się z zarzutem, że zaskarżony przepis jest niejasny i wieloznaczny, a tym samym niezgodny z zasadą państwa prawnego, wyrażoną w art. 2 Konstytucji. Jest oczywiste i wynika z całości regulacji prawnej zawartej w art. 42 ustawy o zamówieniach publicznych, że utrata wadium następuje na rzecz zamawiającego. Ponadto dla naruszenia konstytucyjnie chronionych praw skarżącego istotne znaczenie ma sama utrata wadium, a nie kwestia ewentualnej wątpliwości co do tego, na czyją rzecz skarżący to wadium traci.

Twierdzenie skarżących o naruszeniu zasady równości nie zostało uzasadnione i opiera się na „mylnym założeniu”, że wszyscy uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinni być poddani tym samym regułom w zakresie zwrotu wadium w przypadku niezawarcia umowy, niezależnie od tego, po czyjej stronie leżały przyczyny takiego stanu rzeczy. Zasada równości (art. 32 Konstytucji) nie może zatem stanowić konstytucyjnego wzorca kontroli w niniejszej sprawie.

Kwestionowana regulacja nie może być także oceniana w kontekście naruszenia zasady sprawiedliwości społecznej, wyrażonej w art. 2 Konstytucji. Przepis art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych nie różnicuje bowiem podmiotów oferujących wykonanie zamówienia publicznego i zobowiązanych do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych.

II

Na rozprawie w dniu 17 listopada 2008 r. przedstawiciele uczestników postępowania podtrzymali stanowiska wyrażone w pismach procesowych.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Uwagi wstępne.

Przedmiotem niniejszej skargi konstytucyjnej jest art. 42 ust. 6 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, ze zm.; dalej: ustawa o zamówieniach publicznych), w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 29 sierpnia 2003 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 165, poz. 1591; dalej: ustawa zmieniająca z 2003 r.). Zaskarżony przepis art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych utracił już moc obowiązującą w związku z wejściem w życie nowej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Trybunał Konstytucyjny uznał jednak, na podstawie art. 39 ust. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK), za konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw dokonanie oceny konstytucyjności zaskarżonego przepisu.

2. Instytucja wadium.

Instytucja wadium występuje powszechnie w praktyce obrotu gospodarczego i co do zasady sprowadza się do zastrzeżonego przez organizatora aukcji albo przetargu obowiązku wniesienia przez podmioty chcące wziąć udział w takim postępowaniu określonej sumy pieniężnej albo innego zabezpieczenia. Z reguły wadium ustalane jest w określonej kwocie pieniężnej, stanowiącej procent wartości przedmiotu umowy, która ma być zawarta w drodze wyboru w postępowaniu aukcyjnym albo przetargowym najlepszej oferty (zob. art. 70⁴ § 1 k.c.). Wadium może zostać również wniesione w drodze ustanowienia przez oferenta odpowiedniego zabezpieczenia wpłaty określonej sumy pieniężnej (zob. art. 70⁴ § 1 k.c.). W takiej sytuacji oferent nie wpłaca określonej kwoty pieniężnej, ale zobowiązuje się do jej wniesienia, a wierzytelność organizatora z tytułu takiego zobowiązania oferenta zostaje zabezpieczona, np. przez poręczenie, czy też gwarancję bankową. W doktrynie przyjmuje się, że „konstrukcja wadium czyni je integralnym składnikiem stosunku aukcyjnego albo przetargowego, wynikającego z dodatkowego zastrzeżenia organizatora w warunkach aukcyjnych, akceptowanego przez przystępującego do aukcji albo przetargu” (J. Rajski, *Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” nr 5/2003, s. 7).

Podstawowa funkcja wadium polega na zabezpieczeniu organizatora na wypadek niezawarcia umowy przez oferenta, którego oferta została wybrana w drodze aukcji albo przetargu. Organizatorowi służy bowiem w takiej sytuacji prawo zatrzymania przedmiotu wadium albo zaspokojenia się z przedmiotu zabezpieczenia. W myśl art. 70⁴ § 2 zd. 1 k.c. „Jeżeli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia umowy, której ważność zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, organizator aukcji albo przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia”.

Wadium spełnia również funkcje kompensacyjne – stanowi bowiem surogat odszkodowania w sytuacji niezawarcia umowy finalnej. Chroni tym samym uzasadniony interes zarówno organizatora aukcji albo przetargu, który w takiej sytuacji może zatrzymać wadium albo zaspokoić się z jego przedmiotu, jak i zwycięskiego oferenta, który może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody w granicach tzw. ujemnego interesu umowy (zob. J. Rajski, *op. cit.*, s. 7). Co więcej, możliwość zatrzymania wadium przez organizatora stanowi zastępcze zaspokojenie i wyłącza dalszą odpowiedzialność majątkową oferenta (zob. B. Brzozowski, *Kodeks cywilny, Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2008, s. 395).

W doktrynie podkreśla się, że unormowanie art. 70⁴ § 1 k.c. ma zasięg ogólny względem wszelkich przetargów i aukcji, a ponadto „wskazuje na pieniężno-obligacyjny charakter wadium, z możliwością ustanowienia odpowiedniego zabezpieczenia jego zapłaty” (R. Szostak, *Wadium przetargowe według nowych przepisów kodeksu cywilnego*, „Przegląd Sądowy” nr 1/2004, s. 80).

3. Wadium w postępowaniach o zamówienia publiczne.

Unormowania dotyczące zamówień publicznych, a także bogata praktyka w tym zakresie, skłoniły ustawodawcę do nowelizacji w 2003 r. kodeksu cywilnego i szczegółowego unormowaniu przetargu, w tym instytucji wadium. Konstrukcja wadium w postępowaniu o zamówieniach publicznych, a więc w przetargach obligatoryjnych, z natury rzeczy jest w niektórych aspektach uregulowana odmiennie. Ustawa o zamówieniach publicznych zawiera przede wszystkim przepisy proceduralne, które obligują do prowadzenia postępowania według ściśle określonych reguł, nie pozwala zatem na swobodę, jeśli chodzi o tryb postępowania, ani dowolność wyboru wykonawcy zamówienia (zob. J. Pieróg, W. Łysakowski, *Ustawa o zamówieniach publicznych, Komentarz*, Warszawa 1996, s. XIV). Charakterystyczny dla ustawy o zamówieniach publicznych rygoryzm służyć ma wyborowi

najkorzystniejszej oferty oraz zapewnić rzetelność i uczciwość postępowania. Mamy bowiem do czynienia z publicznym zamówieniem, co oznacza, że zamawiane w drodze przetargu świadczenia są opłacane ze środków publicznych i mają służyć zaspokojeniu zbiorowych potrzeb i interesów społecznych (zob. R. Szostak, *Charakter prawny wadium przetargowego w obrębie zamówień publicznych*, „Przegląd Sądowy” nr 11-12/1998, s. 79). Stąd też m.in. większość przepisów regulujących ten obszar ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a na organizatorze przetargu publicznego, jak i na uczestnikach takiego przetargu spoczywa szereg ustawowo określonych obowiązków, co ma na celu ochronę interesu publicznego oraz jak najlepsze zabezpieczenie zaangażowanych środków publicznych.

Ustawa o zamówieniach publicznych przewidywała, że dostawca lub wykonawca przystępujący do przetargu jest obowiązany wnieść wadium, jeżeli wartość zamówienia publicznego przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 30 tys. euro (art. 41 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych). Kwotę wadium określa zamawiający, w granicach od 0,5% do 3% wartości zamówienia. Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza wyżej wskazanej kwoty, zamawiający może żądać od dostawcy lub wykonawcy wniesieni a wadium (art. 41 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych). Obowiązek wniesienia wadium wynika zatem wprost z ustawy albo z ustawowego „upoważnienia” zamawiającego do takiego żądania. Pełni jednak nadal funkcję selekcyjną. Wniesienie wadium jest bowiem bezwzględną przesłanką uczestniczenia w postępowaniu przetargowym. Wadium stanowi więc integralny składnik stosunku przetargowego, wynikający wprost z ustawy albo z dodatkowego zastrzeżenia zamawiającego o warunkach przetargu, zaakceptowany przez przystępującego do przetargu (zob. B. Brzozowski, *op.cit.*, s. 394).

W doktrynie podkreśla się, że wadium ma stanowić pewną wartość majątkową – najczęściej w postaci pieniężnej, którą oferent powinien przekazać zamawiającemu z chwilą przystąpienia do przetargu (zob. J. Litowski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza stron przetargu z ustawy o zamówieniach publicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” nr 7-8/1999, s. 10). Stąd też dostawca może wnieść wadium w pieniądzu, poręczeniach lub gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, wekslach z poręczeniem wekslowym banku, a za zgodą zamawiającego również w czekach potwierdzonych (art. 41 ust. 4 ustawy o zamówieniach publicznych). Wadium można zatem wnieść nie tylko w pieniądzu, ale także dając w istocie odpowiednie zabezpieczenie jego zapłaty (zob. art. 70⁴ § 1 k.c.). Wadium wniesione w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym (art. 41 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych). Wadium to zatem określona suma pieniężna albo zabezpieczenie jej zapłaty, należne z tytułu dodatkowego obowiązku oferenta, stanowiącego integralny składnik stosunku przetargowego, którego konsekwencje wniesienia określone są przepisami ustawy o zamówieniach publicznych (zob. R. Szostak, *op.cit.*, s. 88).

Wadium co do zasady podlega zwrotowi z momentem zakończenia postępowania przetargowego. Zamawiający jest obowiązany niezwłocznie zwrócić wadium, jeżeli: 1) upłynął termin związania ofertą, 2) zawarto umowę i wniesiono zabezpieczenie należytego wykonywania umowy, 3) zamawiający unieważnił postępowanie, a protesty zostały ostatecznie rozstrzygnięte lub upłynął termin ich składania (art. 42 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych). Zamawiający jest ponadto obowiązany do zwrotu wadium na wniosek dostawcy lub wykonawcy, 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert oraz 2) którego oferta została odrzucona, przy czym złożenie wniosku powoduje utratę prawa do wniesienia protestu (art. 42 ust. 2 ustawy o zamówieniach publicznych). Jeżeli wadium wniesiono w pieniądzu, zamawiający zwraca je wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było przechowywane (art. 42 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych).

Wadium może być także zaliczone przez zamawiającego na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Dzieje się tak na wniosek dostawcy lub wykonawcy, którego

oferta została uznana za najkorzystniejszą, gdy wadium zostało wniesione w pieniądzu (art. 42 ust. 4 ustawy o zamówieniach publicznych).

Oferent, którego oferta została wybrana w drodze przetargu jako najkorzystniejsza, może także utracić wadium na rzecz zamawiającego. Z reguły ma to miejsce, w sytuacji gdy z przyczyn leżących po stronie oferenta nie może dojść albo do zawarcia umowy finalnej albo też do należytego zagwarantowania wykonania takiej umowy. A zatem do utraty wadium dochodzi, gdy oferent uchybia obowiązkowi kontraktowania. Dostawca lub wykonawca, którego oferta została wybrana, traci wadium wraz z odsetkami na rzecz zamawiającego w przypadku, gdy: 1) odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, 2) nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego, 3) zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie dostawcy lub wykonawcy (art. 42 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych). Wadium pełni w takiej sytuacji funkcje kompensacyjne, jest surogatem odszkodowania dla zamawiającego. Przy czym utrata wadium nie zależy od wystąpienia ani rozmiarów szkody po stronie zamawiającego. Z drugiej strony, zamawiający, na rzecz którego oferent utracił wadium, nie może żądać z tego tytułu naprawienia szkody, jeśli ona wystąpiła i jej wysokość przewyższa zatrzymane wadium (zob. J. Litowski, *op.cit.*, s. 13). Wadium zastępuje odszkodowanie, a więc dochodzenie odszkodowania przewyższającego wadium jest niedopuszczalne (zob. W. Popiołek, *Kodeks cywilny, Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2008, s. 1167). Wadium chroni zatem także interesy oferenta, gdyż uchybienie obowiązkowi kontraktowania pociągnie dla niego jedynie skutek w postaci utraty wadium (zob. R. Szostak, *op. cit.*, s. 86).

Powyższe cechy upodabniają wadium przede wszystkim do zadatku – art. 394 k.c. (zob. m.in. Z. Radwański, *Aukcja i przetarg po nowelizacji Kodeksu Cywilnego*, „Monitor Prawniczy” nr 8/ 2004, s. 359-360, R. Szostak, „Przegląd Sądowy” nr 1/2004, s. 85 i n.). Obie instytucje mają na celu zabezpieczenie wykonania umowy pod rygorem utraty zadatku albo wadium. Podobnie też kształtują sytuację strony, która otrzymała zadatek albo wadium, a mianowicie może ona wadium, tak jak zadatek, zatrzymać w razie niewykonania umowy przez drugą stronę. Inaczej mówiąc, zamawiający ma prawo do zatrzymania wadium, gdyż w takiej sytuacji odpada (wygasa) obowiązek jego zwrotu. Co więcej, to oferent, uchybiając swojemu obowiązkowi kontraktowania, powoduje, że odpada obowiązek zwrotu wadium i zamawiający może wadium zatrzymać.

Oprócz podstawowej funkcji, mającej na celu zapewnienie realizacji obowiązku kontraktowania przez oferenta, którego oferta została wybrana w drodze przetargu jako najkorzystniejsza, wadium, a właściwie zagrożenie jego utraty, może także służyć zapobieżeniu powstawania w postępowaniu o zamówieniach publicznych tzw. zmów przetargowych.

4. Utrata wadium jako dolegliwość mająca zapobiec znowom przetargowym.

Nie ulega wątpliwości, że porozumienia ograniczające konkurencję, zwane „zmowami przetargowymi lub cenowymi”, z natury rzeczy eliminują lub znacznie ograniczają konkurencję, co jest sprzeczne z interesem publicznym i tym samym zakazane. Zmowa przetargowa niweczy bowiem podstawowy cel przetargu, jakim jest zobjektywizowanie wyboru wykonawcy poprzez wybór najkorzystniejszej oferty.

Porozumienie przetargowe ograniczające konkurencję sprowadza się najczęściej do uzgodnienia cen i zachowań biorących w nim udział oferentów, a następnie koordynacji działań zmierzających do wyeliminowania konkurencji i wyboru najwyższej cenowo oferty jednego z uczestników będących w zmowie. Uczestnicy znowy przetargowej zazwyczaj jeszcze przed przystąpieniem do przetargu o udzielenie zamówienia publicznego ustalają

wspólnie oferty cenowe. Następnie składają oferty i czekają na kluczowy moment otwarcia ofert, który pozwala im zapoznać się z ofertami konkurencji.

Na tle ustawy o zamówieniach publicznych uczestnicy zmowy przetargowej korzystali w tym przypadku z możliwości, jakie dawał art. 22 ust. 5 i 7 ustawy o zamówieniach publicznych (zob. np. decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 21 lipca 2005 r., nr RPZ 20/2005 oraz decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 21 września 2005 r., nr RPZ 28/2005). Tworzeniu zmów przetargowych sprzyjała regulacja, która po otwarciu ofert i zapoznaniu się z ofertami konkurencji, przewidywała prawną furtkę wycofania się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez żadnych negatywnych konsekwencji. Z pozoru dolegliwa sankcja, w postaci wykluczenia z postępowania, w przypadku niezłożenia w terminie stosownego oświadczenia o niepozostawaniu w stosunku dominacji lub zależności (art. 22 ust. 5 ustawy), była wykorzystywana do obejścia istoty przetargu przez tzw. znowę przetargową. Do wykluczenia z postępowania – na podstawie art. 22 ust. 7 ustawy o zamówieniach publicznych – dochodziło bowiem po otwarciu ofert, a więc po zapoznaniu się uczestników postępowania z ofertami konkurencji, w szczególności informacjami dotyczącymi ceny ofert. Uczestnicy zmowy przetargowej wykorzystywali po prostu tzw. sankcję wykluczenia do celowego „wycofania się” z postępowania o zamówienie publiczne już po otwarciu ofert, a więc po zapoznaniu się z ofertami konkurencji. Co w konsekwencji miało doprowadzić albo do wygrania przetargu przez najwyższą cenowo ofertę uczestnika zmowy, który pozostał w postępowaniu, albo do unieważnienia przetargu jako takiego.

Z wykorzystaniem ustawy o zamówieniach publicznych tego rodzaju praktyki ograniczające lub naruszające konkurencję mogły mieć miejsce m.in. dzięki regulacji zawartej w art. 22 ust. 5 i 7 tej ustawy, a więc obowiązkowi złożenia po otwarciu ofert oświadczenia o niepozostawaniu w stosunku dominacji lub zależności, a następnie sankcji wykluczenia z postępowania oferentów, którzy w terminie nie uczynili zadość temu obowiązkowi.

Ustawą zmieniającą z 2003 r. wprowadzono do ustawy o zamówieniach publicznych zaskarżony art. 42 ust. 6 tej ustawy. Stanowił on o dodatkowej przesłance utraty wadium przez oferenta, który uchyła się od złożenia oświadczeń o niepozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji, o których mowa w art. 22 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych.

Zgodnie z art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych utratę wadium powoduje także niezłożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 5 tej ustawy, a więc na wezwanie zamawiającego oświadczenia dostawcy lub wykonawcy, czy pozostają w stosunku zależności lub dominacji, w rozumieniu ustawy z 21 sierpnia 1997 – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi (Dz. U. z 2002 r. Nr 49, poz. 447, ze zm.), z innymi uczestnikami postępowania lub zamawiającym albo osobami po stronie zamawiającego biorącymi udział w postępowaniu.

Przepis art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych łączył zatem utratę wadium, nie jak to ma miejsce typowo z uchybieniem obowiązkowi kontraktowania, ale z niedotrzymaniem warunków przetargowych, a mianowicie niewykonaniem obowiązku przedstawienia w terminie, wyznaczonym przez zamawiającego, stosownych oświadczeń o tzw. niepozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji. Przybierał tym samym charakter samodzielnej przesłanki utraty wadium, dolegliwości związanej z niewypełnieniem przez oferentów ciężących na nich szczegółowych obowiązków ustawowych.

Wymaga podkreślenia, że podstawowym motywem kierującym ustawodawcą przy wprowadzeniu dodatkowej przesłanki utraty wadium było właśnie zapobieżenie powstawania tzw. porozumień przetargowych ograniczających konkurencję – zmów przetargowych.

W uzasadnieniu projektu nowelizacji jednoznacznie wskazano, że sankcja w postaci utraty wadium powinna „przyczynić się do zwiększenia skuteczności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i powstrzymania patologicznych działań, prowadzących do unieważnienia postępowań” (druk sejmowy nr 1281, Sejm IV kadencji, s. 11-13) i tym samym mieć pozytywny wpływ na stosowanie ustawy.

Na uwagę zasługuje także fakt, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podczas prac sejmowej Komisji Gospodarki nad projektem nowelizacji wprost odniósł się do zmwów przetargowych, informując, że: „Dotychczas przy zamówieniach o większej wartości oferenci często po przeanalizowaniu sytuacji uchylali się od złożenia oświadczenia wymaganego przepisem ustawy. Po przekonaniu się, jakie oferty i w jakiej wartości zostały złożone przez konkurencję, doprowadzali do tego, że zamawiający musiał unieważnić postępowanie. Doszliśmy do przekonania, że należy wprowadzić przepis wprowadzający pewne sankcje przy tego rodzaju praktykach. Proponujemy, aby oferent, który uchyla się od obowiązku złożenia takiego oświadczenia, tracił wadium. Mamy nadzieję, że taka sankcja przerwie ten proceder” (Biuletyn komisji sejmowych nr 1469/IV, Komisja Gospodarki, 10 lutego 2003 r., nr 95).

Należy podkreślić, że wobec częstego procederu zmwów przetargowych także na tle aktualnego Prawa zamówień publicznych, wprowadzono na mocy ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) nowelizację, przewidującą sankcję w postaci utraty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złoży dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie (art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych).

W uzasadnieniu projektu wskazanej nowelizacji z 2008 r. podkreślono, że „Obecna regulacja sprzyja sytuacji, w której grupa będących w porozumieniu wykonawców może powodować, że zamówienie jest udzielane temu spośród nich, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń, a następnie, już po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu, podlegając jedynie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3. Mając to na uwadze, celowe jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił dokumentów lub 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. Przyczyni się to do zracjonalizowania wydatkowania środków publicznych” (druk sejmowy nr 471, Sejm VI kadencji, s. 7).

5. Ocena zgodności art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Przewidziana w już nieobowiązującym, lecz zaskarżonym przepisie art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych utrata wadium przez oferenta, który nie złożył w terminie wyznaczonym przez zamawiającego oświadczenia o niepozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji, o którym mowa w art. 22 ust. 5 tej ustawy, może prowadzić w konsekwencji do ograniczenia konstytucyjnie chronionych praw majątkowych (art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji). Ocena dopuszczalności takiego ograniczenia winna być zatem dokonana z perspektywy zachowania wymogów proporcjonalności – art. 31 ust. 3 Konstytucji. Art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji statuuje bowiem konstytucyjną, równą dla wszystkich ochronę praw majątkowych, a art. 31 ust. 3 Konstytucji wyznacza granice dopuszczalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Zaskarżona regulacja podlega zatem w pierwszej kolejności ocenie zgodności z powyższymi wzorcami konstytucyjnymi.

Co więcej, ocena ta powinna być dokonana wyłącznie z punktu widzenia dopuszczalnego ograniczenia konstytucyjnej ochrony innych niż własność praw majątkowych (art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji).

Jak wskazano wyżej, wadium ma bowiem stanowić przede wszystkim określoną wartość majątkową. Może zostać wniesione w pieniądzu albo w postaci odpowiedniego zabezpieczenia. Chodzi przy tym o formy zabezpieczenia przewidziane w art. 41 ust. 4 ustawy o zamówieniach publicznych, a więc: poręczenie, gwarancję bankową, gwarancję ubezpieczeniową, weksel z poręczeniem wekslowym banku, a za zgodą zamawiającego również czek potwierdzony. Skoro wadium może zostać ustanowione poprzez wpłatę określonej sumy pieniężnej albo danie odpowiedniego zabezpieczenia, to utrata wadium z natury rzeczy nie wiąże się ani z naruszeniem, ani ograniczeniem prawa własności. Trudno bowiem mówić o ograniczeniu czy też naruszeniu prawa własności oferenta w zakresie wadium wniesionego w przewidzianej prawnie formie zabezpieczenia jego zapłaty. Podobnie w sytuacji wniesienia wadium w pieniądzu. Wadium jako takie ma bowiem charakter pieniężno-obligacyjny.

Wniesienie wadium zarówno w pieniądzu, jak i w odpowiednim, przewidzianym ustawowo, zabezpieczeniu jego zapłaty wywołuje skutki o charakterze obligacyjnym. Oferent ma prawo do żądania zwrotu wadium, a zamawiający obowiązek dokonania takiego zwrotu z chwilą wystąpienia przesłanek ustawowych. Wystąpienie ustawowych przesłanek utraty wadium powoduje z kolei, że zamawiający przestaje być zobowiązany do zwrotu wadium oferentowi i uzyskuje prawo do jego zatrzymania. Skoro odpada obowiązek zwrotu wadium, to w konsekwencji wygasa także prawo oferenta do żądania zwrotu wadium.

Obligatoryjna, przewidziana ustawowo, utrata wadium, w sytuacji określonej w art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych, może zatem prowadzić do naruszenia innego niż własność prawa majątkowego chronionego konstytucyjnie. Prawa oferenta (dostawcy i wykonawcy) do żądania zwrotu wadium, a więc prawa o niewątpliwym charakterze majątkowym.

Nie ulega jednak wątpliwości, że dolegliwość w postaci utraty wadium, o której mowa w art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych, ma na celu zabezpieczenie interesu publicznego oraz środków publicznych, jakie będą zaangażowane w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Chodzi bowiem o zagwarantowanie prawidłowego toku obowiązkowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jego skuteczności oraz zapobieżenie podejmowania przez oferentów różnego rodzaju działań prowadzących do „nieuczciwej gry rynkowej”, przede wszystkim zmów przetargowych.

Utrata wadium ma ponadto zabezpieczyć wykonanie przez oferenta obowiązku ustawowego – przedłożenia w terminie stosownego oświadczenia o pozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji. Oferent, przystępując do przetargu o zamówienie publiczne, znając i akceptując wymogi ustawowe takiego przetargu, musi liczyć się z konsekwencjami niedopełnienia powyższego obowiązku terminowego złożenia stosownego oświadczenia. Co więcej, oferent, przystępując do takiego przetargu, akceptuje nie tylko obowiązek wniesienia wadium, ale również ustawowe warunki utraty prawa do żądania jego zwrotu.

Ochrona postępowania przetargowego o udzielenie zamówienia publicznego, a przede wszystkim ochrona środków publicznych, a co za tym idzie zabezpieczenie interesu publicznego, uzasadniają sprecyzowanie przez ustawodawcę nie tylko szczególnych wymagań w stosunku do wykonawcy lub dostawcy uczestniczących w takim postępowaniu, ale także konsekwencji niedopełnienia ciążących na nich obowiązków ustawowych.

Należy zatem ocenić, czy przewidziane w art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych ograniczenie prawa oferenta (dostawcy lub wykonawcy) do żądania zwrotu wadium jest dopuszczalne i uzasadnione z punktu widzenia zasady proporcjonalności – art. 31 ust. 3 Konstytucji.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że przesłanka konieczności, o której mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji, mieści w sobie postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* wprowadzanych ograniczeń. Stąd też dla oceny, czy dane ograniczenie czyni zadość wymogom zasady proporcjonalności, konieczne jest udzielenie odpowiedzi na trzy pytania:

- po pierwsze, czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków;
- po drugie, czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana;
- po trzecie, czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zob. np. wyroki TK: z 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 2 oraz z 12 stycznia 2000 r., sygn. P 11/98, OTK ZU nr 1/2000, poz. 3).

Tradycyjnie utrata wadium wiąże się z niedochowaniem obowiązku kontraktowania przez oferenta, którego oferta została wybrana w drodze przetargu jako najkorzystniejsza. Natomiast w przypadku utraty wadium na mocy art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych mamy do czynienia z sytuacją odmienną niż tradycyjna, przewidziana w art. 42 ust. 5 tej ustawy. Przepis art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych przewiduje utratę wadium przez oferenta, który nie złożył w terminie oświadczenia o niepozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji, o którym mowa w art. 22 ust. 5 tej ustawy.

Na zaskarżoną regulację należy jednak spojrzeć z szerszej perspektywy, przede wszystkim omówionej wyżej problematyki porozumień przetargowych ograniczających lub naruszających konkurencję. Nie ulega bowiem wątpliwości, że zaskarżony przepis art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych został wprowadzony przez ustawodawcę w celu przeciwdziałania tzw. zmwom przetargowym. Przypomnijmy, „porozumieniom” niweczącym podstawowy cel postępowania o zamówienie publiczne, jakim jest obiektywny wybór najkorzystniejszej oferty.

Z tej perspektywy dolegliwość w postaci utraty wadium może być oceniana jako środek nie tylko skuteczny, ale i rzeczywiście służący realizacji zamierzonego przez ustawodawcę celu. Co więcej, jako środek niezbędny dla bezpośredniej ochrony interesu publicznego. Środek dolegliwy, ale pozostający w odpowiedniej proporcji do celów i wartości, których ochrona uzasadnia dokonanie ograniczenia.

Ograniczenie prawa majątkowego, o którym mowa w zaskarżonym przepisie, jest bowiem konieczne dla zagwarantowania interesu publicznego, a także wolności i praw innych osób, przede wszystkim zagwarantowania uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie sposób zatem zgodzić się ze stanowiskiem RPO, że „sankcja” w postaci utraty wadium nie była konieczna do osiągnięcia zamierzonego przez ustawodawcę celu, gdyż wystarczająca w takiej sytuacji i mniej dolegliwa jest sankcja wynikająca z art. 22 ust. 7 ustawy o zamówieniach publicznych, a więc wykluczenie z przetargu uczestnika postępowania, który nie złożył stosownego oświadczenia.

Z przedstawionego wyżej uzasadnienia projektu ustawy zmieniającej z 2003 r. wynika jednoznacznie, że sankcja w postaci wykluczenia z przetargu o zamówienie publiczne uczestnika, który nie przedłożył stosownych oświadczeń i dokumentów, jest niewystarczająca do zapewnienia prawidłowego toku takiego postępowania, a tym samym zagwarantowania ochrony interesu publicznego i środków publicznych oraz praw innych uczestników postępowania przetargowego. Co więcej, to właśnie sankcja wykluczenia z przetargu po otwarciu ofert i zapoznaniu się z ofertami konkurencji sprzyjała i umożliwiała tworzenie tzw. zmwów przetargowych. Uczestnicy zmywy najczęściej wykorzystywali właśnie ten mechanizm do celowego „wycofania się” z przetargu po zapoznaniu się z ofertami konkurencji. Co w

konsekwencji miało doprowadzić albo do wygrania przetargu przez jednego z uczestników zmywy, albo do unieważnienia przetargu jako takiego.

Dopiero zagrożenie utratą wadium, przewidziane w zaskarżonym przepisie art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych, mogło zatem przeciwdziałać tego rodzaju praktykom nie tylko ograniczającym konkurencję, ale także sprzecznym z zasadniczym celem postępowania o zamówienie publiczne, jakim jest obiektywny wybór najkorzystniejszej oferty. Nie ulega więc wątpliwości, że ograniczenie prawa majątkowego, o którym mowa w zaskarżonym przepisie, należy ocenić jako konieczne z punktu widzenia zasady proporcjonalności dla zagwarantowania w demokratycznym państwie porządku i interesu publicznego oraz wolności i praw innych osób.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego należy uznać, że zostały spełnione przesłanki dopuszczalności ograniczenia prawa majątkowego wynikające z zasady proporcjonalności, zarówno przydatność, konieczność, jak i proporcjonalność *sensu stricto*, a tym samym zaskarżony art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych jest zgodny z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

6. Ocena zgodności art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych z art. 2 Konstytucji.

W ocenie Trybunału Konstytucyjnego należy się zgodzić ze stanowiskiem wyrażonym przez Marszałka Sejmu i Prokuratora Generalnego, że zaskarżony art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych nie narusza art. 2 Konstytucji.

Nie ulega wątpliwości, że oferent (dostawca lub wykonawca) traci prawo do żądania zwrotu wadium w sytuacji, o której mowa w zaskarżonym ust. 6 art. 42 ustawy o zamówieniach publicznych, a zamawiający uzyskuje prawo do zatrzymania wadium, co jednoznacznie wynika z ust. 5 art. 42 tej ustawy.

Podobnie na gruncie wykładni art. 22 ust. 5 i 6 ustawy o zamówieniach publicznych jest oczywiste po pierwsze, do złożenia jakiegoś oświadczenia jest obowiązany oferent, a mianowicie oświadczenia o niepozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji, oraz po drugie, że złożenie takiego oświadczenia ma nastąpić w terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Interpretowanie częściowych zwrotów w oderwaniu od kontekstu normatywnego, w którym zostały użyte, może budzić wątpliwości co do ich precyzji, jak i znaczenia. Przeciwdziała temu wykładnia uwzględniająca pełny kontekst normatywny i treściowy analizowanego przepisu prawnego.

Trudno zatem podzielić zarzuty skarżących, że zaskarżony przepis narusza zasadę poprawnej legislacji czy też zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa.

7. Ocena zgodności art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych z art. 21 ust. 1 oraz art. 64 ust. 3 Konstytucji.

Jak wskazano wyżej, adekwatnym wzorcem kontroli w stosunku do zaskarżonego art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych jest przede wszystkim art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji i to wyłącznie w kontekście oceny dopuszczalności ograniczenia innych niż własność praw majątkowych podlegających konstytucyjnej ochronie.

Zaskarżony art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych nie prowadzi bowiem do ograniczenia, a tym bardziej naruszenia konstytucyjnego prawa własności. Ogranicza wyłącznie prawo oferenta uczestniczącego w postępowaniu przetargowym o zamówienie publiczne do żądania zwrotu wniesionego wadium, w sytuacji nieprzedłożenia w terminie, wyznaczonym przez zamawiającego, stosownych oświadczeń o niepozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji.

Przewidziana w zaskarżonym przepisie dolegliwość w postaci utraty wadium nie wiąże się z naruszeniem prawa własności, jak twierdzą skarżący, ale jest konstytucyjnie dopuszczalnym na gruncie zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji) ograniczeniem innego prawa majątkowego, o którym mowa w art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji.

W związku z powyższym wskazane wzorce zawarte w art. 21 ust. 1 i art. 64 ust. 3 Konstytucji należy uznać za nieadekwatne.

8. Ocena zgodności art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Skarżący nie sprecyzowali ani nie uzasadnili zarzutu naruszenia art. 32 ust. 1 Konstytucji przez art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych.

Jak można domniemywać, konstytucyjna zasada równości została powołana jako wzorzec kontroli niejako dla wzmocnienia podstawowego zarzutu naruszenia przez zaskarżony przepis równej dla wszystkich ochrony praw majątkowych (art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji).

Przepis art. 42 ust. 6 ustawy o zamówieniach publicznych nie wprowadza jednak żadnego zróżnicowania ochrony praw majątkowych oferentów, którzy utracili prawo do żądania zwrotu wadium na skutek niewypełnienia w terminie, wskazanym przez zamawiającego, obowiązku złożenia oświadczenia o niepozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji, o którym mowa w art. 22 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych.

Zasada równości nie może zatem stanowić adekwatnego wzorca kontroli w niniejszej sprawie.

Ze względu na wskazane okoliczności Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.

Zdanie odrębne
sędziego TK Marka Kotlinowskiego
do wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 17 listopada 2008 r., sygn. akt SK 62/06

Na podstawie art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.) zgłaszam zdanie odrębne od części sentencji i uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 17 listopada 2008 r., sygn. SK 62/06. Uważam, że zaskarżony w niniejszej sprawie art. 42 ust. 6 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, ze zm.; dalej: ustawa z 10 czerwca 1994 r.), w brzmieniu ustalonym ustawą z dnia 29 sierpnia 2003 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 165, poz. 1591; dalej: ustawa zmieniająca z 29 sierpnia 2003 r.), jest niezgodny z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny przyjął w niniejszej sprawie, że prawo uczestnika postępowania przetargowego do zwrotu wadium mieści się w zakresie pojęcia „innego prawa majątkowego”, o którym mowa w art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji. Konstytucja gwarantuje innym prawom majątkowym ochronę prawną, a ich ograniczanie, choć jest dopuszczalne, to musi spełniać przesłanki wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasady proporcjonalności ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności. W ocenie Trybunału ustanowiona przez ustawodawcę sankcja utraty wadium za niezłożenie oświadczenia o pozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji spełnia przesłanki wyrażone w art. 31 ust. 3 Konstytucji, a zatem jest niezbędna do realizacji założonego przez ustawodawcę celu, a jej zastosowanie pozostaje w odpowiedniej proporcji do konsekwencji, jakie wywołuje w sferze praw majątkowych uczestnika postępowania przetargowego. Trybunał uznał zatem, że nie doszło w niniejszej sprawie do naruszenia prawa majątkowego skarżących.

Nie zgadzam się z twierdzeniem, że bezwzględna utrata wadium (przy jednoczesnym wykluczeniu z udziału w przetargu) za niezłożenie oświadczenia, o którym mowa wyżej, jest środkiem niezbędnym do osiągnięcia zamierzonego celu, pozostającym w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych na uczestnika postępowania przetargowego. W związku z tym uważam, że zaskarżony przepis narusza prawo majątkowe skarżących do zwrotu wadium w postępowaniu przetargowym.

Wymóg wzywania wykonawców do złożenia oświadczeń o pozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji – w sytuacji określonej w przepisach – został ustanowiony ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 123, poz. 778). Za niedopełnienie tego wymogu (albo w wyniku przedstawienia zaświadczenia o pozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji) wykonawca lub dostawca był wykluczany z postępowania przetargowego. Przepisy powyższe zostały zniesione ustawą z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 76, poz. 813). Ustawa ta miała na celu dostosowanie polskich przepisów dotyczących przetargów publicznych do prawa Unii Europejskiej. W uzasadnieniu wskazano, że dyrektywy unijne zawierają zamknięty katalog przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu, w którym nie wymienia się okoliczności wskazanej w art. 22 ust. 5 ustawy z 10 czerwca 1994 r. W związku z tym ustawodawca skreślił w art. 22 ust. 5-7, co oznaczało, że znosi się obowiązek wzywania wykonawców przez zamawiającego do złożenia oświadczenia o pozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji i że wykonawca nie będzie mógł być wykluczony z udziału w postępowaniu na tej podstawie, że w takim stosunku pozostaje (zob. druk sejmowy nr 2521, III kadencji Sejmu, s. 24). Zmiana ta miała wejść w życie z chwilą uzyskania przez Polskę członkostwa w Unii Europejskiej. Wcześniej jednak ustawodawca uchwalił ustawę

zmieniającą z 29 sierpnia 2003 r., którą ustanowił zaskarżoną w niniejszej sprawie sankcję wyrażoną w art. 42 ust. 6 ustawy z 10 czerwca 1994 r.

Celem zaskarżonej regulacji było uproszczenie i skrócenie procedury udzielania zamówień publicznych przez ograniczenie destrukcyjnych działań oferentów uniemożliwiających skuteczny wybór najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie ustawodawca zaznaczył, że przepis przewidujący sankcję utraty wadium za niezłożenie oświadczenia o pozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji będzie obowiązywał jedynie do wejścia Polski do Unii Europejskiej (zob. druk sejmowy nr 1281, IV kadencji Sejmu, s. 12), tak jak wymóg składania oświadczeń wskazanych w art. 22 ust. 5 ustawy z 10 czerwca 1994 r. Zanim Polska stała się członkiem Unii Europejskiej, ustawa z 10 czerwca 1994 r. utraciła moc obowiązującą w związku z uchwaleniem ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.; dalej: ustawa z 29 stycznia 2004 r.). Nowa ustawa nie zawierała wymogów dotyczących składania oświadczeń o pozostawaniu w stosunku dominacji lub zależności.

Z powyższej analizy wynika, że sankcja utraty wadium obowiązywała od 20 października 2003 r. (data wejścia w życie przepisu ustanawiającego sankcję) do 1 marca 2004 r. (w wyniku utraty mocy obowiązującej ustawy z 10 czerwca 1994 r.), a zatem zaledwie niespełna pięć miesięcy. Konfrontując ten fakt z celem jej ustanowienia, trudno zgodzić się z twierdzeniem o jej niezbędności w zapobieganiu znikom cenowym i zagwarantowaniu uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tym bardziej że ustawodawca wcześniej uchylił – z odroczonym terminem wejścia w życie – regulację stanowiącą źródło tej sankcji, czyli wymóg składania oświadczeń o pozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji.

Jeśli chodzi zaś o przesłankę proporcjonalności *sensu stricto*, to zgadzam się, że w prawie zamówień publicznych, z uwagi na fakt, że angażowane są pieniądze publiczne, konieczne są restrykcyjne wymogi regulujące procedurę przetargową i surowe sankcje za wszelkie jej uchybienia. Jednak bezwzględna sankcja utraty wadium przy jednoczesnym wykluczeniu z udziału w postępowaniu jest bez wątpienia za bardzo dolegliwa. Należy bowiem zwrócić uwagę, że utrata wadium co do zasady jest sankcją stosowaną już po zakończeniu postępowania przetargowego i wyłonieniu najkorzystniejszej oferty. W sytuacji wskazanej w art. 42 ust. 6 ustawy z 10 czerwca 1994 r. utrata wadium następuje w toku tego postępowania i jest to jedyny wypadek, w którym ustawodawca ustanowił taką sankcję za niedopełnienie formalnych wymogów związanych ze składaniem wymaganych oświadczeń. Zgodnie z art. 19 ust. 1 pkt 8 ustawy z 10 czerwca 1994 r. dostawców lub wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych oświadczeń lub nie spełnili innych wymagań określonych w ustawie, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ogłoszeniu lub zaproszeniu do składania ofert, w szczególności nie wnieśli wadium, wyklucza się z ubiegania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie tracą jednak wniesionego wadium, które jest im niezwłocznie zwracane przez zamawiającego wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane (art. 42 ust. 3 ustawy z 10 czerwca 1994 r.). Ustanowienie sankcji utraty wadium za niezłożenie wyłącznie tego jednego, spośród licznych oświadczeń, do których złożenia jest zobowiązany wykonawca lub dostawca, sugerowałoby, że zmony cenowe mogą powstać wyłącznie w wypadku niedopełnienia tego jednego obowiązku. Tymczasem nieuczciwe porozumienia wykonawców, mające na celu doprowadzenie do wyłonienia najdroższej oferty albo unieważnienia postępowania, mogą powstawać w wyniku celowego składania ofert bez jakichkolwiek wymaganych dokumentów lub oświadczeń po to, aby po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, nieuczciwi uczestnicy przetargu mogli bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu. Złożenie wszystkich wymaganych dokumentów przed przystąpieniem do przetargu jest bowiem jednym z warunków gwarancyjnych, od spełnienia którego zależy możliwość udziału

w postępowaniu i jego rzetelny przebieg. Potwierdza to ostatnia nowelizacja ustawy z 29 stycznia 2004 r. Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy z 29 stycznia 2004 r., dodanym ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), utrata wadium przez wykonawcę następuje w sytuacji, gdy po wezwaniu przez zamawiającego nie złoży on wszystkich wymaganych dokumentów lub oświadczeń, nie uzupełni pełnomocnictw czy nie poprawi błędów w złożonych dokumentach. Jednocześnie zaś, z uwagi na dolegliwość tej sankcji, ustawodawca nie nadał jej charakteru bezwzględnego, zwalniając wykonawcę, który udowodni, że nie złożył dokumentów z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Analiza stanu prawnego, poszczególnych rozwiązań ustawodawcy i towarzyszących im motywów podważa niezbędność zakwestionowanego przepisu dla zapobiegania znikom cenowym. Skoro sankcja nie realizuje celu ustanowienia, nie spełnia również przesłanki proporcjonalności. Tym samym uważam, że doszło w niniejszej sprawie do naruszenia prawa majątkowego skarżących, jakim jest prawo do zwrotu wadium wniesionego w postępowaniu przetargowym.

Z powyższych względów zgłaszam niniejsze zdanie odrębne.