

Prawo przetargowe - poręczenie wadialne

Dodano: 21.05.2021

Poręczenie wadialne powinno obejmować wszystkich konsorcjantów – taki jest wniosek po decyzji Krajowej Izby Odwoławczej.



Orzeczenie, którego dotyczy niniejszy artykuł obejmuje dwie kwestie poruszane już na łamach Gazety Leśnej. Jedną z nich ma w praktyce duże znaczenie dla wielu właścicieli firm leśnych. Po pierwsze, jakiś czas temu pisałem o procedurze zgłaszania Urzędowi Zamówień Publicznych zastrzeżeń do zakończonego przetargu celem ewentualnego wszczęcia kontroli. Urząd jako instytucja centralna, ma możliwość weryfikowania, jak zamawiający stosują przepisy pzp. Wykonawcy mogą zgłaszać do Urzędu swoje zastrzeżenia (z czego, co wiem, korzystają niektórzy z Czytelników), niezależnie od prawa do odwołania do KIO. Zgłoszenie, jeżeli jest zasadne – raczej wskazane po zakończeniu przetargu niż przed jego zakończeniem – powoduje wszczęcie kontroli i ewentualne potwierdzenie naruszeń.

Po drugie, w comiesięcznych publikacjach prawniczych wspominaliśmy także o kwestii wystawienia gwarancji wadialnej na jednego konsorcjanta i skuteczności takiej metody wniesienia wadium. Miałem w pewnym momencie wrażenie, że temat ten jest jasny i czytelny, ale niedawne orzeczenie Izby Odwoławczej nieco zmieniło moje nastawienie.

Powołanie na wyrok SN

Uchwała zapadła właśnie na skutek przeprowadzenia kontroli UZP. Urząd stwierdził naruszenie prawa w pewnym przetargu, polegające na wykluczeniu konsorcjum, które przedstawiło poręczenie wystawione za ledwie na jednego z jego członków. Urząd powoływał się przy tym na wyrok Sądu Najwyższego z 2018 r., w którym wyjaśniono wiele kwestii związanych ze skutecznością składania wadium i który, wedle opinii Urzędu, przesądzał o prawidłowości jego wniesienia w tym postępowaniu przetargowym.

W ocenie Urzędu zamawiający nie miał prawa wykluczyć konsorcjum. Na ten wyrok Sądu Najwyższego sam kilkakrotnie powoływałem się w postępowaniach odwoławczych, w których broniłem prawidłowości zabezpieczenia wadium.

Ustalenia UZP zostały zakwestionowane przez zamawiającego. Tak samo jak wykonawca niezadowolony z przetargu może wnieść odwołanie do KIO, tak i zamawiający niezadowolony z kontroli może skierować jej wyniki do rozpoznania w Krajowej Izbie Odwoławczej. Właśnie w takim trybie wydano uchwałę, która skłoniła mnie do napisania niniejszego tekstu.

Inna ocena KIO

Otóż Izba zakwestionowała wyniki kontroli i przyznała rację zamawiającemu. Jest to komunikat niepokojący dla wielu przedsiębiorców z branży leśnej.

KIO oceniła dokument poręczenia pod kątem skuteczności ewentualnego ściągnięcia środków od wystawcy. Skład orzekający zwrócił uwagę, że z treści poręczenia wynika, iż dotyczy ono tylko jednego z konsorcjantów. Poręczenie, jak napisała Izba, jest czym innym niż gwarancja wadialna (ubezpieczeniowa lub bankowa) i dlatego wyrok Sądu Najwyższego z 2018 r. nie ma do niego zastosowania. Różnica polega na tym, że gwarancja z banku lub firmy ubezpieczeniowej sama w sobie jest źródłem obowiązku zapłaty wadium. W przypadku poręczenia jest inaczej, ma ono charakter bardziej zależny od zachowania wykonawcy - oferenta.

Z tego powodu, z ocenie KIO, ważne jest czyje nazwisko znajduje się na poręczeniu, bo tylko za zaniechania takiej osoby odpowie agencja poręczeniowa. Ochrona poręczyciela, jak uważa Izba, jeżeli nie wynika to z dokumentu, nie może obejmować innych osób, konsorcjantów, bo byłoby to niezgodne z treścią oświadczenia podpisanego przez wystawcę wadium. Poręczyciel nie powinien być nadto wprowadzany w błąd co do osoby składającej ofertę i nie powinien odpowiadać za zaniechania nieznanego, niezwyfikowanego dłużnika. Izba stwierdziła, że w tej sytuacji solidarna odpowiedzialność konsorcjantów nawet za zapłatę wadium nie rozwiązuje problemu. Akurat ten wątek, co mnie dziwi, pomimo obszerności całej uchwały, nie został wnikliwie poruszony i przeanalizowany. Uważam to za słabość omawianego orzeczenia, tym bardziej, że akurat Sąd Najwyższy w 2018 r. przywiązał do solidarności dużą wagę.

Dla Czytelników nie liczą się jednak wywody prawne i niuanse oparte na analizie paragrafów. Moglibyśmy skądinąd cytować je tutaj bardziej wnikliwie. Istotna jest jednak praktyczna konsekwencja. Ta okazuje się skomplikowana. Wiedząc bowiem o wydaniu takiego orzeczenia nie pozostaje mi nic innego, jak tylko zalecić wykonawcom inny sposób przygotowania poręczeń, z pełną świadomością komplikacji. Wszakże wymienienie wszystkich konsorcjantów spowoduje konieczność analizy ich zdolności kredytowej przez poręczyciela oraz przedstawienia wielu dokumentów dotyczących kilku firm. Liderzy brali na siebie kwestię poręczenia, aby uniknąć tych formalności i sprawnie uzyskać wymagany dokument. Tak już chyba nie będzie. Co więcej, wygląda na to, że inaczej będą traktowane firmy dysponujące gwarancjami (nie poręczeniami), ich bowiem nie dotyczy uchwała KIO. Ci przedsiębiorcy nadal posłużą się indywidualnymi dokumentami wadialnymi. Czy takie zróżnicowanie w ramach przetargów ma praktyczne uzasadnienie? Wątpię.

Uważam się, że dyskusję i wątpliwości można było przeciąć właściwą treścią przepisów prawa przetargowego, które raz na zawsze wyjaśniłaby temat. Akurat nowa ustawa, działająca od początku roku, nie wprowadziła w tym zakresie jednak żadnych zmian. Chyba szkoda, bo jak widać problemy z wadium nabierają cech „never ending story” i nie odpowiadają rzeczywistym potrzebom firm ubiegających się o zamówienie.



Łukasz Bąk, adwokat

Wspólnik w Kancelarii Jaskot, Bąk - Adwokaci

Komentarze (0)

Nie dodano jeszcze żadnego komentarza.