

Maciej Lubiszewski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Olsztyn

m.lubiszewski@uwm.edu.pl

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8261-7917>

Upływ terminu związania ofertą a zwrot wadium w świetle Prawa zamówień publicznych

<http://dx.doi.org/10.12775.SIT.2021.028>

1. Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest wyjaśnienie relacji zachodzącej pomiędzy stanem związania ofertą a ważnością zabezpieczenia wadium na gruncie nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych¹. *Prima facie* wydaje się, że związek ten jest bardzo ścisły: dopóki oferta wiąże wykonawcę, dopóty wykonawca ten jest zobowiązany utrzymywać wadium. Wygaśnięcie wadium jest jedną z przesłanek odrzucenia oferty, natomiast upływ terminu związania ofertą stanowi jedną z przesłanek zwrotu wadium. Powstaje jednak pytanie o los wadium towarzyszącego ofercie, która została wybrana. Jak pogodzić kres stanu związania ofertą, który następuje wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej, z koniecznością zabezpieczenia roszczenia o zawarcie umowy, które jest skutkiem tego wyboru? Te kwestie były dość precyzyjnie uregulowane w poprzednio obo-

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej także: p.z.p.

wiążącej ustawie², jednak ustawodawca nie zdecydował się na powtórzenie tych przepisów w nowym akcie prawnym.

Przeprowadzona kwerenda dowodzi, że część autorów nie przywiązuje do tego zagadnienia szczególnej wagi³. Inni z brzmienia art. 98 ust. 1 pkt 1 wyciągają wniosek, że w przypadku upływu terminu związania ofertą wadium należy zwrócić wszystkim wykonawcom, w tym również wykonawcy, którego oferta została wybrana⁴. Jak zostanie wykazane, wniosek taki zaprzecza istocie wadium, którego celem jest zabezpieczenie nie tyle oferty, ile roszczenia o zawarcie umowy.

Rozwiązanie zarysowanego wyżej problemu badawczego wymaga analizy Prawa zamówień publicznych oraz Kodeksu cywilnego⁵. Związek tych dwóch aktów prawnych wynika z treści art. 8 ust. 1 p.z.p., który w sprawach nieuregulowanych nakazuje stosować przepisy k.c., ale także ze specyficznego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie chcąc wracać do dyskusji o charakterze prawa zamówień publicznych⁶, ograniczmy się do konstatacji, że postępowanie to ma charakter publicznoprawny, aczkolwiek zostało uregulowane przez prawodawcę z wykorzystaniem takich cywilistycznych konstrukcji prawnych jak oferta, przetarg i wadium. W konsekwencji, jeżeli przepisy p.z.p. nie regulują w sposób szczególnie jakiegoś zagadnienia związanego z ofertą,

² Zob. art. 46 ust. 1 i 1a Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 288, 1086).

³ Zob. np. G. Mazurek (red.), *Ustawa Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wrocław 2020, s. 194.

⁴ W. Jarzyński (red.), *Ustawa Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 344. Wniosek taki sformułowali też autorzy komentarza urzędowego – zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 337.

⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.), dalej także: k.c.

⁶ Wśród licznych publikacji, w których podjęto ten wątek, wyróżnię jedynie H. Nowicki, P. Nowicki, M. Wierzbowski, *Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych. Uwagi de lege ferenda*, w: *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015, s. 17 i n. Autorzy kompetentnie i syntetycznie zrelacjonowali tę dyskusję, celnie dostrzegając publicznoprawne aspekty regulacji dotyczących zamówień publicznych.

przetargiem lub wadium albo nie regulują go w ogóle, zastosowanie znajdują właściwe przepisy k.c.

W pierwszej kolejności ustalone zostanie znaczenie terminu związania ofertą na gruncie obydwu tych aktów prawnych. Następnie ten sam zabieg zostanie odniesiony do wadium. Dwa podrozdziały poświęcone tym zagadnieniom będą stanowiły podstawę zasadniczych rozważań, dotyczących stanu związania i zabezpieczenia wadium przed wyborem najkorzystniejszej oferty oraz po wyborze, który – jak się okazuje – w sposób istotny różnicuje sytuację prawną wykonawców. Inaczej bowiem należy postrzegać przypadek wykonawcy wybranego, wykonawcy niewybranego, który liczy na zmianę wyniku postępowania przetargowego, oraz wykonawcy, którego oferta nie została wybrana, lecz który akceptuje to rozstrzygnięcie. Całość rozważań zakończą wnioski, wśród których znajdują się m.in. postulaty *de lege ferenda*.

2. Znaczenie terminu związania ofertą

Oferta jest jednym z podstawowych pojęć prawa cywilnego. Zgodnie z art. 66 § 1 k.c. jest to stanowcze oświadczenie woli zawarcia umowy, określające jej istotne postanowienia. Skutkiem złożenia oferty jest stan związania oferenta swoją ofertą, co oznacza, że jej przyjęcie przez oblata jest równoznaczne z zawarciem umowy⁷. Trwanie w tym stanie jest równoznaczne z gotowością oferenta do wykonania kontraktu, przez co stan związania ofertą musi być ograniczony w czasie⁸. Co do zasady termin związania ofertą wyznacza oferent. W przeciwnym razie jest on ustalany na podstawie art. 66 § 2 k.c. Upływ tego terminu skutkuje wygaśnięciem stanu związania, a przez to – całej oferty⁹.

⁷ Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, Warszawa 2019, s. 432.

⁸ M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz. Art. 1–352*, Warszawa 2018, s. 678.

⁹ K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz. Art. 1–449*¹⁰, Warszawa 2020, s. 360.

Oferta może być samodzielnym środkiem prowadzącym do zawarcia umowy (ofertowy model kontraktowania) bądź stanowić element konstrukcyjny przetargowego/aukcyjnego sposobu zawierania umów¹⁰. W tym drugim przypadku jej przyjęcie może prowadzić nie tyle do zawarcia umowy, ile do powstania roszczenia o zawarcie umowy. Stosownie do treści art. 70² § 3 k.c. pomiędzy oblatem (organizatorem aukcji albo przetargu) a oferentem (uczestnikiem aukcji albo przetargu) powstaje specyficzny stosunek prawny zbliżony do umowy przedwstępnej¹¹.

Z chwilą przyjęcia oferty przez oblata oferta przestaje wiązać oferenta¹², ponieważ traci ona swój odrębny byt prawny, przekształcając się w element stosunku kontraktowego albo – w okolicznościach określonych w art. 70² § 3 k.c. – przedkontraktowego¹³.

Jak widać, w prawie cywilnym termin (okres) związania ofertą wyznacza temporalne granice bytu prawnego oferty, rozumianej jako wiążące i stanowcze oświadczenie woli zawarcia umowy.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego opiera się na kodeksowym modelu przetargowym, będąc w istocie konkursem ofert¹⁴. Z tego względu Prawo zamówień publicznych również posługuje się konstrukcją oferty. Z uwagi na treść art. 8 ust. 1 p.z.p. pojęcie to należy rozumieć analogicznie jak na gruncie klasycznej cywilistyki, aczkolwiek ustawa normuje niektóre kwestie inaczej niż regulacja kodeksowa.

Prawo zamówień publicznych narzuca formę oferty, określa sposób jej złożenia¹⁵, zasady oceny i badania ofert¹⁶, wyboru oferty

¹⁰ Ibidem, s. 353. Zob. też Z. Radwański, A. Olejniczak, op.cit., s. 423.

¹¹ K. Pietrzykowski, op.cit., s. 376.

¹² Z. Radwański, A. Olejniczak, op.cit., s. 435.

¹³ Komplementarnym elementem tego stosunku prawnego jest oświadczenie oblata o przyjęciu (wyborze) oferty.

¹⁴ W niemal wszystkich trybach uregulowanych w p.z.p. zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert złożonych w postępowaniu. W tym sensie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest konkursem ofert. Wyjątkiem jest tryb zamówienia z wolnej ręki, odzwierciedlający negocjacyjny model kontraktowania.

¹⁵ Co do zasady ofertę sporządza się w formie elektronicznej, a składa się ją za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

¹⁶ Art. 223 i n. p.z.p.

najkorzystniejszej¹⁷ oraz przypadki, w których oferta podlega odrzuceniu¹⁸. Wybór oferty najkorzystniejszej dokonany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest równoznaczny z zawarciem umowy. Zgodnie z art. 264 i 308 ust. 2 p.z.p. umowa nie może być zawarta przed upływem określonego czasu. Mechanizm ten, nazwany w żargonie praktyków *standstill period*, umożliwia niewybranym wykonawcom skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Przepisy te stanowią „wymagania przewidziane w ustawie”, o których mowa w art. 70¹ § 3 k.c., co oznacza, że wybór oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie tworzy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą węzła kontraktowego, lecz jedynie przedkontraktowy, a precyzyjniej rzecz ujmując – roszczenie o zawarcie umowy¹⁹. Obowiązek zawarcia umowy jest konsekwencją stanu związania ofertą²⁰, z czym współgra treść art. 252 ust. 1 p.z.p. nakazującego zamawiającemu wybrać najkorzystniejszą ofertę „w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia”. Normę tę wspierają art. 220 ust. 3 i art. 307 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którymi zamawiający, przewidując, że nie zdąży dokonać wyboru oferty przed upływem terminu związania, jest zobowiązany wezwać wykonawców do wyrażenia pisemnej zgody na jego przedłużenie. Oferta wykonawcy, który nie wyraził takiej zgody, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 p.z.p.

Wyjątkiem od zrekonstruowanej powyżej normy jest art. 252 ust. 2 p.z.p. Przepis ten umożliwia dokonanie wyboru oferty po upływie terminu jej związania, jednak nawet w takim przypadku konieczne jest wyrażenie przez wykonawcę zgody na wybór jego oferty, co w istocie stanowi ponowienie oferty przetargowej, a zatem

¹⁷ Art. 239 i n. oraz art. 307 i n. p.z.p.

¹⁸ Art. 226 p.z.p.

¹⁹ M. Lubiszewski, *Skutki upływu terminu związania ofertą w świetle przepisów nowego Prawa zamówień publicznych*, „Przeгляд Ustawodawstwa Gospodarczego” 2021, nr 4(874), s. 46.

²⁰ Z. Gordon, *Konsekwencje poprzetargowego obowiązku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 1, s. 20.

przywrócenie stanu związania²¹. Brak zgody skutkuje eliminacją oferty tego wykonawcy z postępowania²² i obowiązkiem wezwania kolejnego wykonawcy do ponowienia swojej oferty.

Powyższy przegląd przepisów Prawa zamówień publicznych dowodzi, że stan związania ofertą pełni tę samą funkcję, co na gruncie klasycznej cywilistyki, warunkując skuteczność prawną wyboru oferty. Oferta, która przestaje wiązać wykonawcę przed wyborem, podlega eliminacji z postępowania, ponieważ na jej podstawie nie powstanie stosunek przedkontraktowy, prowadzący następnie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Znaczenie wadium

Podobnie jak oferta, wadium jest również pojęciem cywilistycznym, chociaż do Kodeksu cywilnego zostało ono wprowadzone dopiero w 2003 r.²³ Główną funkcją wadium – przynajmniej z perspektywy tematyki niniejszego opracowania – jest zabezpieczenie obowiązku zawarcia umowy²⁴. Zgodnie z art. 70⁴ § 2 k.c. realizuje się ona w sytuacji, gdy „uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyła się od zawarcia umowy, której ważność zależy od szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie”²⁵. Wówczas organizator aukcji albo przetargu może zatrzymać wadium. W przypadku odwrotnym, gdy to organizator uchyła się od zawarcia umo-

²¹ Taki pogląd wyraził sam projektodawca na stronie 66 uzasadnienia projektu nowego Prawa zamówień publicznych, wyjaśniając, że „wyrażenie zgody przez wykonawcę będzie równoznaczne ze złożeniem przez niego nowej oferty o tożsamej treści jak oferta, którą wykonawca był dotychczas związany”. Dokument jest opublikowany na stronie internetowej Sejmu: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1389-2019/\\$file/8-020-1389-2019.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1389-2019/$file/8-020-1389-2019.pdf) (dostęp: 25.08.2021 r.). Krytyczną analizę tego rozwiązania przedstawiłem w odrębnym artykule – zob. M. Lubiszewski, op.cit., s. 47 i n.

²² Art. 226 ust. 1 pkt 13 p.z.p.

²³ Z. Radwański, A. Olejniczak, op.cit., s. 474.

²⁴ Ibidem, s. 475.

²⁵ Art. 70⁴ § 2 k.c.

wy, uczestnik, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium.

Wadium zabezpiecza zatem roszczenie o zawarcie umowy, które powstaje z chwilą wyboru oferty w aukcjach albo przetargach, w których ważność umowy zależy od spełnienia ustawowych wymagań.

Z uwagi na fakt, że Prawo zamówień publicznych przewiduje szczególne wymagania (*standstill period*), o których mowa w art. 70² § 3 k.c., przetargi publiczne są dziedziną, w której wadium jest wykorzystywane stosunkowo często, mimo że jest instrumentem o charakterze fakultatywnym. Z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą nie powstaje stosunek umowny, lecz jedynie roszczenie o zawarcie umowy. To właśnie potrzeba zabezpieczenia tego roszczenia jest głównym powodem, dla którego zamawiający decydują się na wprowadzenie do warunków zamówienia obowiązku wniesienia wadium²⁶.

Skoro wadium zabezpiecza roszczenie o zawarcie umowy, a roszczenie to jest uwarunkowane stanem związania ofertą aktualnym w momencie jej wyboru, łatwo dostrzec, jak ścisły związek zachodzi pomiędzy wadium a terminem związania ofertą. *Prima facie* można sformułować wniosek, że termin związania ofertą determinuje termin ważności wadium. Wniosek taki potwierdza treść art. 97 ust. 6 p.z.p.²⁷ oraz art. 98 ust. 1 pkt 1 p.z.p.²⁸ W konsekwencji wygaśnięcie wadium (wniesionego w formie niepieniężnej) powinno skutkować eliminacją oferty z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 p.z.p., natomiast jednym ze skutków upływu terminu związania ofertą jest obowiązek zwrócenia wadium.

²⁶ O tej i innych funkcjach wadium zob. K. Prowadzisz, *Wadium przetargowe na tle nowych przepisów*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 2, s. 88–94 i cyt. tam literatura oraz orzecznictwo.

²⁷ Przepis ten brzmi następująco: „Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą”.

²⁸ Przepis ten nakazuje zamawiającemu zwrócić wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni, w przypadku upływu terminu związania ofertą.

Bliższa analiza problemu ujawnia jednak istotny czynnik, który sprawia, że ta relacja jest bardziej złożona. Czynnikiem tym jest wybór oferty najkorzystniejszej, który różnicuje sytuację prawną wykonawcy wybranego, wykonawcy niewybranego, lecz zainteresowanego dalszym udziałem w postępowaniu w nadziei na skuteczne podważenie niekorzystnego rozstrzygnięcia przetargu, oraz wykonawcy niewybranego, który akceptuje rozstrzygnięcie przetargu i zamierza rozwiązać przetargowy stosunek prawny.

4. Upływ terminu związania ofertą i zwrot wadium przed wyborem najkorzystniejszej oferty

Do chwili wyboru oferty najkorzystniejszej sytuacja prawna wszystkich wykonawców-oferentów jest taka sama. Wprawdzie jeden z nich (ten, którego oferta została najwyżej oceniona) podlega pełnej kwalifikacji podmiotowej i w tym celu jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w dokumentach zamówienia, jednak każdy z wykonawców musi liczyć się z tym, że jego oferta zostanie wybrana. W konsekwencji w tym czasie oferty muszą wiązać wykonawców oraz – jeżeli zamawiający wprowadził stosowny warunek zamówienia – muszą być zabezpieczone wadium.

Stan związania ofertą (i zabezpieczenia oferty wadium) zapewnia doniosłość prawną wyborowi oferty, służy zatem zagwarantowaniu efektywności postępowania. Z tego względu jest on pożądanym przez ustawodawcę, o czym świadczą przywołane wcześniej przepisy nakazujące zamawiającemu dokonać wyboru w terminie związania (art. 252 ust. 1 p.z.p.), a w razie potrzeby wezwać wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (art. 220 ust. 3 oraz art. 307 ust. 2 p.z.p.) wraz z przedłużeniem ważności wadium (art. 220 ust. 5 oraz art. 307 ust. 4 p.z.p.).

Przepisy Prawa zamówień publicznych dopuszczają tylko jednokrotne przedłużenie terminu związania ofertą oraz ważności wadium. Możliwa jest zatem sytuacja, w której terminy te upłyną

przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Zważywszy na fakt, że ustawa nie przewiduje możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę, termin ten upłynie w tym samym momencie względem wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. W takiej sytuacji zamawiający będzie zobowiązany zwrócić wadium wszystkim wykonawcom na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

Mechanizm uregulowany w art. 252 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym – o czym była już mowa – zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do ponowienia oferty, nie spowoduje przywrócenia zabezpieczenia wadialnego. Prawo zamówień publicznych nie zawiera przepisu analogicznego do art. 220 ust. 4 i art. 307 ust. 3 p.z.p., który stanowiłby podstawę do żądania wniesienia wadium zabezpieczającego ponowioną ofertę.

Podsumowując tę część rozważań, należy stwierdzić, że upływ terminu związania ofertą przed wyborem oferty najkorzystniejszej tworzy po stronie zamawiającego obowiązek definitywnego zwrotu wadium. Mimo wygaśnięcia ofert postępowanie nie podlega jednak unieważnieniu ze względu na szczególny mechanizm ponowienia oferty z art. 252 ust. 2 p.z.p., który wprawdzie przywraca stan związania ofertą (najwyżej ocenioną), lecz bez ponownego zabezpieczenia jej wadium.

5. Upływ terminu związania ofertą i zwrot wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty – przypadek niewybranych wykonawców

Zgodnie z art. 70³ § 1 k.c. wybór oferty najkorzystniejszej w przetargu co do zasady zwalnia pozostałych uczestników z obligu ofertowego. W Prawie zamówień publicznych przyjęto odmienne rozwiązanie: niewybrani wykonawcy pozostają związani swoimi ofertami aż do czasu zawarcia umowy. Taki wniosek płynie z treści art. 263 p.z.p., który stanowi, że jeżeli wybrany wykonawca uchyla się od zawarcia umowy, „zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonaw-

ców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę”. Podstawą pozostawania wykonawcy w postępowaniu jest wiążąca go oferta – wybór jedynie takiej oferty wywoła skutki prawne. Dyspozycja art. 263 p.z.p. opiera się zatem na kontynuacji stanu związania niewybranymi ofertami po wyborze oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji, jeżeli zamawiający wymagał zabezpieczenia ofert wadium, wadia te nadal muszą być utrzymywane.

Oczywiście może się zdarzyć, że termin związania ofertą upływie przed dokonaniem powtórnego wyboru oferty, i to pomimo zastosowania wezwania wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem ważności wadium (art. 220 ust. 3 i 5 oraz art. 307 ust. 2 i 4 p.z.p.). W takim przypadku zamawiający będzie zobowiązany zwrócić wadia na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 1 p.z.p. oraz zastosować art. 252 ust. 2 p.z.p., czyli wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do ponowienia swojej oferty, jednak już bez konieczności zabezpieczania jej wadium. Są to zatem te same reguły, które obowiązują przed dokonaniem pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie ma żadnych podstaw, aby wyłączać lub ograniczać ich stosowanie.

Mimo tych analogii sytuacja prawna wykonawcy, którego oferta nie została wybrana, różni się jednak od sytuacji wykonawcy w postępowaniu, w którym nie dokonano jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty. Na podstawie art. 98 ust. 2 pkt 3 oraz art. 98 ust. 3 p.z.p. można bowiem zrekonstruować prawo niewybranego wykonawcy do wycofania się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to rozwiązanie, które w tym sensie zbliża się do regulacji kodeksowej z art. 70³ § 1 k.c., że łągodzi oblig ofertowy. Wykonawca wprowadzie co do zasady pozostaje związany ofertą, jednak może zaakceptować rozstrzygnięcie przetargu, wystąpić o zwrot wadium (art. 98 ust. 2 pkt 3 p.z.p.) i zakończyć stan związania, rozwiązując przetargowy stosunek prawny łączący go z wykonawcą (art. 98 ust. 3 p.z.p.)²⁹. Trzeba zauważyć, że ten

²⁹ Można też rozważać inną interpretację tego przepisu, zgodnie z którą art. 98 ust. 3 p.z.p. nie powoduje zniesienia obligu ofertowego, ale jedynie zwalnia wadium i pozbawia wykonawcę środków ochrony prawnej. Oznaczałoby to, że w razie uchylecia się pierwotnie wybranego wykonawcy od zawarcia

mechanizm może być zastosowany wyłącznie w postępowaniach, w których zamawiający wprowadził obowiązek wniesienia wadium, co budzi poważne wątpliwości. Wadium nie jest przecież warunkiem ciężącego na oferencie obowiązku kontraktowania, lecz stanowi jeden ze sposobów egzekwowania odpowiedzialności wobec oferenta uchylającego się od zawarcia umowy³⁰. Jeżeli ustawodawca zamierzał uprawnnić niewybranych wykonawców do wycofania się z postępowania po wyborze najkorzystniejszej oferty, powinien to uprawnienie przyznać niezależnie od tego, czy w danym postępowaniu wymagane jest wniesienie wadium. *De lege ferenda* należy postulować rozszerzenie omawianego uprawnienia na wszystkie postępowania przetargowe.

6. Upływ terminu związania ofertą i zwrot wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty – przypadek wykonawcy wybranego

Jak już zasygnalizowano w początkowej części niniejszego opracowania, wybór oferty w przetargu sprawia, że oferta traci swój odrębny byt i staje się oświadczeniem woli stanowiącym (wspólnie z oświadczeniem o wyborze oferty) element stosunku kontraktowego (w cywilistycznym modelu ofertowego zawierania umów) albo stosunku przedkontraktowego (w cywilistycznym modelu przetargowym oraz w przetargach publicznych). Stan związania ofertą został „skonsumowany” przez nawiązany kontrakt lub nowo powstały

umowy zamawiający mógłby dokonać wyboru oferty wykonawcy, który złożył wniosek o zwrot wadium. Wprawdzie ta oferta nie byłaby już zabezpieczona wadium, jednak zamawiający mógłby dochodzić zawarcia umowy sądownie albo domagać się odszkodowania na zasadach ogólnych. Wydaje się jednak, że taka interpretacja byłaby wadliwa, gdyż nie wyjaśniałaby, co ustawodawca miał na myśli, przewidując w art. 98 ust. 3 p.z.p. „rozwiązanie stosunku prawnego”. Ten zwrot byłby pozbawiony jakiegokolwiek znaczenia prawnego.

³⁰ W grę wchodzi również roszczenie o świadczenie *in natura* oraz roszczenia odszkodowawcze – zob. m.in. R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018, s. 75.

stosunek przedkontraktowy, wobec czego termin związania ofertą nie odnosi się do wybranej oferty.

Z chwilą wyboru najkorzystniejszej oferty, a precyzyjniej rzecz ujmując – z chwilą przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, ustaje stan związania ofertą wybraną. Wobec tego termin związania ofertą najkorzystniejszą zostaje przerwany. Od tego momentu zamawiającemu i wykonawcy przysługuje roszczenie o zawarcie umowy, z tym że umowa nie może być zawarta przed upływem tzw. *standstill period*, którego długość wyznaczają art. 264 ust. 1 i art. 308 ust. 2 p.z.p. To właśnie roszczenie jest zabezpieczone wadium, które nie podlega zwrotowi do czasu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o czym stanowi art. 98 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Jest to sytuacja, w której stan związania ofertą (który ustaje) i stan zabezpieczenia oferty wadium (który trwa nadal) ulegają rozdzieleniu. W tym rozdzieleniu ujawnia się różna funkcja tych stanów: istnienie stanu związania jest konieczne do wyboru oferty, natomiast wadium ma zabezpieczać zawarcie umowy.

W celu zapewnienia skuteczności tego zabezpieczenia należy przyjąć, że art. 98 ust. 1 pkt 1 p.z.p., nakazujący zamawiającemu zwrócić wadium w przypadku upływu terminu związania ofertą, nie ma zastosowania do oferty wybranej jako najkorzystniejsza. Przepis ten odnosi się do sytuacji, w której upływa termin związania ofertą określony w dokumentach zamówienia, ewentualnie przedłużony na podstawie art. 220 ust. 3 i 5 oraz art. 307 ust. 2 i 4 p.z.p. Po wyborze najkorzystniejszej oferty taka sytuacja może wystąpić wyłącznie w stosunku do ofert niewybranych.

Sformułowane wyżej wnioski ujawniają pewien deficyt w regulacji ustawowej. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie przewidują możliwości żądania od wybranego wykonawcy przedłużenia ważności wadium. Problem ten nie dotyczy wadium wniesionego w pieniądzu, jednak niepieniężne formy wadium – najczęściej są to gwarancje wadialne – wystawiane są na czas określony, zwykle odpowiadający terminowi związania ofertą. Wydaje się, że remedium mogą być stosowne postanowienia dokumentów zamówienia, zwłaszcza specyfikacji warunków zamówienia. Trudno jednak wskazać, jakie sankcje zamawiający może zastosować wobec wyko-

nawcy odmawiającego przedłużenia ważności wadium. Z pewnością niedopuszczalne byłoby odrzucenie oferty, głównie z tego względu, że oferta wybrana nie podlega już odrzuceniu. Wadliwe byłoby również uznanie takiego wykonawcy za uchylającego się od zawarcia umowy. Wskazany problem może być rozwiązany wyłącznie poprzez interwencję prawodawcy, który powinien wprowadzić do Prawa zamówień publicznych możliwość domagania się od wykonawcy, którego oferta została wybrana, przedłużenia ważności wadium do czasu zawarcia umowy. W celu ochrony wykonawcy przed nadmiernymi kosztami zamawiający powinien wskazać maksymalny termin, w którym udzieli zamówienia, który stanowiłby jednocześnie okres ważności przedłużonego wadium. Postulowane przepisy powinny przewidywać również sankcję za odmowę spełnienia żądania zamawiającego. Taką sankcją mogłoby być uznanie tej odmowy za uchylenie się od zawarcia umowy.

7. Wnioski

Zasadniczym celem wadium jest zabezpieczenie roszczenia o zawarcie umowy. Roszczenie to powstaje z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej. Do tego czasu wykonawca jest zobowiązany do utrzymywania wadium przez cały okres związania ofertą. Jeżeli przed wyborem oferty najkorzystniejszej termin związania ofertą upłynie, wadium podlega zwrotowi.

Po wyborze oferty najkorzystniejszej niewybrani wykonawcy nadal są związani swoimi ofertami, wobec czego muszą utrzymywać zabezpieczenie wadium aż do czasu zawarcia umowy, chyba że wcześniej upłynie termin związania ofertą. Prawo zamówień publicznych przyznaje niewybranemu wykonawcy prawo do rozwiązania stosunku przetargowego poprzez złożenie wniosku o zwrot wadium. Skutkiem takiego wniosku będzie również kres stanu związania ofertą. Wadą regulacji ustawowej jest ograniczenie tego prawa do postępowań, w których zamawiający żąda wniesienia wadium. *De lege ferenda* należy postulować zmianę Prawa zamówień publicznych w taki sposób, by przyznać wykonawcom prawo do rozwiązania stosunku przetargowego również w postępowaniach,

w których zamawiający nie żąda wniesienia wadium. Pozwoli to wykonawcom zwolnić się z obowiązku ofertowego przed zakończeniem postępowania.

Dotychczasowe reguły pozwalają sformułować wniosek o ścisłym związku zachodzącym pomiędzy terminem związania ofertą a terminem ważności wadium. Wniosek ten nie znajduje jednak potwierdzenia w sytuacji wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Taka oferta przestaje wiązać wykonawcę, stając się częścią stosunku przedkontraktowego, który stanowi podstawę do roszczenia o zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jej termin związania przestaje zatem biec, co nie stanowi jednak przesłanki zwrotu wadium. Z momentem wyboru najkorzystniejszej oferty dochodzi do rozszczępienia wadium i stanu związania ofertą, co pozwala skutecznie zabezpieczyć roszczenie o zawarcie umowy, a więc realizować fundamentalny cel wadium.

Taka konkluzja ujawnia kolejną niedoskonałość regulacji ustawowej, którą jest brak możliwości żądania od wybranego wykonawcy przedłużenia ważności wadium do czasu zawarcia umowy. Wprawdzie ten deficyt może zostać zniwelowany stosownymi postanowieniami dokumentów zamówienia, czego nie da się powiedzieć o konsekwencjach odmowy spełnienia żądania zamawiającego. *De lege ferenda* należy oczekiwać od ustawodawcy uzupełnienia Prawa zamówień publicznych o przepisy uprawniające zamawiającego do żądania od wybranego wykonawcy przedłużenia ważności wadium oraz przewidujące sankcje za odmowę spełnienia tego żądania.

STRESZCZENIE

Upływ terminu związania ofertą a zwrot wadium w świetle Prawa zamówień publicznych

Celem artykułu jest opisanie relacji zachodzących między stanem związania ofertą a ważnością zabezpieczenia wadium na gruncie nowego Prawa zamówień publicznych. Szereg problemów badawczych ogniskuje się w pytaniu o ważność wadium zabezpieczającego ofertę wybraną jako

najkorzystniejsza. Opierając się na regułach kodeksowych, należy uznać, że stan związania ofertą wybraną ustaje z chwilą dokonania wyboru przez zamawiającego. Oferta traci swój osobny byt prawny, przekształcając się w element stosunku przedkontraktowego. Oznacza to, że ustawowy obowiązek zwrotu wadium zachodzący w przypadku upływu terminu związania ofertą nie dotyczy oferty wybranej. Dochodzi zatem do rozdzielenia współistniejących przed wyborem stanu związania ofertą i ważności wadium. Dzięki temu wadium może wypełniać swoją kluczową funkcję, jaką jest zabezpieczenie roszczenia o zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Słowa kluczowe: prawo zamówień publicznych; stan związania ofertą; wadium

SUMMARY

Expiry of the offer's validity and the return of the bid bond in the light of the Public Procurement Law

The aim of the article is to describe the relationship between the state of being bound by an offer and the validity of a bid bond under the new Public Procurement Law. A number of research problems focus on the question of the validity of the bid bond of the selected offer. It can be deduced from the civil law, that the status of being bound by the selected offer ceases with the selection made by the contracting authority. The offer loses its legal autonomy and becomes an element of the pre-contractual relationship. This means that the statutory obligation to return the bid bond, which occurs when the offer's validity has expired, does not apply to the selected offer. The state of being bound by the offer and the validity of the tender bond, coexisting before the selection of the offer, are separated. It allows the bid bond to fulfill its key function, which is securing a claim for the conclusion of a public procurement contract.

Keywords: Public Procurement Law; the state of being bound by an offer; the bid bond

BIBLIOGRAFIA

- Gordon Z., *Konsekwencje poprzetargowego obowiązku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 1.
- Gutowski M. (red.), *Kodeks cywilny, t. 1: Komentarz. Art. 1–352*, Warszawa 2018.
- Jarzyński W. (red.), *Ustawa Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2020.
- Lubiszewski M., *Skutki upływu terminu związania ofertą w świetle przepisów nowego Prawa zamówień publicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2021, nr 4(874).
- Mazurek G. (red.), *Ustawa Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wrocław 2020.
- Nowak H., Winiarz M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Nowicki H., Nowicki P., Wierzbowski M., *Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych. Uwagi de lege ferenda*, w: *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015.
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny, t. 1: Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, Warszawa 2020.
- Prowadzisz K., *Wadium przetargowe na tle nowych przepisów*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 2.
- Radwański Z., Olejniczak A. (red.), *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, t. 2*, Warszawa 2019.
- Szostak R., *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018.