

**Piotr WIDEL**

Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Nowym Sączu

## **WADIUM W POSTACI NIEPIENIĘŻNEJ – USTAWOWE FORMY. ZASADY ZWROTU ZABEZPIECZENIA WADIALNEGO W KONTEKŚCIE ELEKTRONIZACJI ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

### **Streszczenie**

Artykuł jest próbą prześledzenia zasad wnoszenia i zwracania zabezpieczenia wadialnego w formie niepieniężnej. Z założenia uwzględniać ma zmiany, jakie zaszły w procedurze realizacji zamówień publicznych, a dokładnie dotyczyć wprowadzenia pełnej elektronizacji do zamówień publicznych. Nowe zasady związane z elektronizacją nie zakładały wprowadzenia korekt do innych przepisów ustawowych i okołoustawowych, dotyczących wnoszenia oraz zwracania wadium w postaci niepieniężnej. W świetle obowiązujących przepisów jest to poważny problem, mogący prowadzić do nieprawidłowości procedury udzielania zamówienia publicznego.

**Słowa klucze:** wadium, dokument wadialny, gwarancja bankowa, gwarancja ubezpieczeniowa, poręczenie.

### **TENDER OFFER IN MONETARY FORM – STATUTORY FORMS. RULES FOR THE RETURN OF VADE SECURITY IN THE CONTEXT OF ELECTRONICIZATION OF PUBLIC ORDERS**

### **Summary**

The article is an attempt to trace the rules for entering and returning security in a non-monetary form. The assumption is to take into account the changes that have taken place in the public procurement procedure, it is exactly about introducing full electronization into public procurement. The new rules related to electronization did not provide for any corrections to other statutory and legal regulations regarding the lodging and return of the bid bond in non-monetary form. In the light of applicable regulations, this is a serious problem that may lead to irregularities in the public procurement procedure.

**Key words:** deposit, bid bond, bank guarantee, insurance guarantee, surety.

### **Wprowadzenie**

Przestrzeń publiczna to szczególna część gospodarki, która funkcjonuje niejako na dwóch płaszczyznach: pierwsza to przede wszystkim wszelkiego rodzaju uwarunkowania prawne, które regulują każdy aspekt funkcjonowania jednostek podlegających ustawie o finansach publicznych, a co za tym idzie – prawu zamówień publicznych, zaś druga to wolny rynek, który rządzi się swoimi regulacjami i prawami. Prawa te tworzone są przez ten sam organ, jakim jest Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, jednak bezspornie funkcjonują w dwóch zupełnie różnych logikach. Asymetryczny charakter obu tych logik sprawia, że trudno jest znaleźć wspólny mianownik ich funkcjonowania, lecz jednocześnie oba te światy ze sobą współistnieją, a na ich styku obowiązuje prawo zamówień publicznych, którego – w teorii – zadaniem jest cywilizować i zabezpieczać relacje pomiędzy nimi.

Wielowątkowe regulacje prawne, określające ramy współistnienia sektora prywatnego oraz publicznego, były i wciąż są przedmiotem badań oraz rozważań naukowych prowadzonych już od lat. Niniejszy tekst jest przyczynkiem do cyklu rozważań nad starym porządkiem prawnym, regulowanym głównie przez Ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz.U. z 2019 r., poz. 1843) (dalej PZP), a także porównaniem go z nowym, który początek swój będzie miał wraz z wejściem w życie nowej ustawy prawo zamówień publicznych dnia 1 stycznia 2021 roku.

Rozważania przedstawione w niniejszym artykule poprowadzone będą z pominięciem zasad chronologii i skupione zostaną na problematyce dotyczącej instytucji wadium w kontekście ustawy prawo zamówień publicznych, odnosząc się do niepieniężnej formy zabezpieczenia wadialnego oraz zasad jego zwrotu uczestnikom postępowania przetargowego. W tym miejscu warto zaznaczyć, że ustawa PZP, chociaż określa dopuszczalne formy wadium, to nie wskazuje konkretnej definicji nie tylko samej instytucji wadium – w tej kwestii ustawodawca odwołał się do art. 70 § 1 Kodeksu Cywilnego (Dz.U. z 2019 r., poz. 1145; Dz.U. z 2019 r., poz. 1495) (dalej KC), jak i nie dookreśla poszczególnych form zabezpieczenia wadialnego, domniemanie odwołując się do innych przepisów. Faktyczne odwołanie występuje jedynie w przypadku poręczenia z mocy art. 6b ust. 5 pkt 2 Ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2019 r., poz. 310, 836, 1572).

### 1. Ustawowe formy zabezpieczenia wadialnego

Niezbędnym wydaje się opisanie form zabezpieczenia wadialnego, jakie dopuszcza ustawa PZP, co dokładnie stanowi art. 45 pkt 6 PZP<sup>1</sup> (Dz.U. z 2019 r., poz. 310, 836, 1572) w brzmieniu:

Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu; 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym; 3) gwarancjach bankowych; 4) gwarancjach ubezpieczeniowych; 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

W tym miejscu warto nadmienić, że w ustawie mającej wejść w życie z dniem 1 stycznia 2021 roku enumeratywny katalog form, jakie może przyjąć zabezpieczenie wadialne, uległ ograniczeniu. Zakres wskazany jest w art. 97 ust. 1<sup>2</sup> w brzmieniu:

Wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach: 1) pieniądzu; 2) gwarancjach bankowych; 3) gwarancjach ubezpieczeniowych; 4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2019 r., poz. 310, 836, 1572).

Porównując oba teksty, nie trudno zauważyć, że ustawodawca zrezygnował w nowej ustawie z poręczeń bankowych i poręczeń spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych. Warto mieć na uwadze ten zapis, ponieważ po 1 stycznia 2021 roku skorzystanie z tej formy zabezpieczenia wadialnego z dużym stopniem prawdopodobieństwa będzie skutkowało wadliwym wniesieniem zabezpieczenia wadialnego, a tym samym odrzuceniem oferty składanej w postępowaniu przetargowym, o ile ustawa w tym przedmiocie nie zostanie objęta nowelizacją.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843).

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019).

W myśl art. 81 ust. 1 Ustawy z 29 sierpnia 1997 – Prawo bankowe (Dz.U. z 2019 r., poz. 2357), gwarancja bankowa to jednostronna odpłatna umowa, na podstawie której wystawca deklaruje uregulowanie zobowiązania podmiotu, który taką gwarancję nabył. Gwarancja bankowa jest atrakcyjną formą dokumentu wadialnego, gdyż z ekonomicznego punktu widzenia stanowi znacznie mniejszy koszt dla uczestnika postępowania przetargowego niż zamrożenie środków pieniężnych. Ta forma dokumentu wadialnego jest również dobrze umocowana w przepisach, a co za tym idzie – znacząco zmniejsza ryzyko zaistnienia sytuacji, w której wystąpi problem interpretacyjny co do poprawności czy skuteczności dokumentu wadialnego.

Brak jest szczegółowych badań w kwestii popularności poszczególnych form niepieniężnych wadium. Można zaryzykować stwierdzenie, że najczęstszą formą wadium jest gwarancja bankowa. Hipotezę tę trudno obalić, ale niemożliwym jest obecnie ją również potwierdzić. Rozpatrując temat z czysto ekonomicznego punktu widzenia, dopuszczanym jest sądzić, że tak faktycznie jest. Dla wykonawców jest to stosunkowa najprostsza forma dokumentu wadialnego, jaką można uzyskać przy dość niskich kosztach obsługi. Poza tym zasady emitowania gwarancji bankowej są jasno doprecyzowane, a wszelkie wątpliwości z nią związane zostały wyjaśnione w wielu wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO) oraz Sądu Najwyższego.

Tabela 1

*Przykładowe koszty obsługi gwarancji bankowej*

| Bank                        | Rozpatrzenie zlecenia udzielenia gwarancji | Prowizja przygotowawcza                          | Wystawienie promesy udzielenia gwarancji | Przedłużenie gwarancji bankowej |
|-----------------------------|--|--|--|---------------------------------|
| Millennium                  | 100 zł                                     | Ustalana indywidualnie                           | 100 zł                                   | 100 zł                          |
| Pekao SA                    | 200 zł                                     | 0,75%  | 200 zł                                   | 0,75%                           |
| BNP Paribas                 | –  | Ustalana indywidualnie                           | 500 zł                                   | Ustalane indywidualnie          |
| BOŚ Bank                    | 100 zł                                     | 200 zł   | 100 zł                                   | 100 zł                          |
| Santander Bank Polska       | Ustalane indywidualnie                     | Ustalana indywidualnie                           | 100 zł                                   | –                               |
| ING Bank Śląski             | 500 zł                                     | 100 zł   | 100 zł                                   | 100 zł                          |
| PKO BP                      | –  | –  | 500 zł                                   | 400 zł                          |
| Citi Bank Handlowy          | –  | 3% rocznie kwoty linii rewolwingowej płatną w zł | 200 USD                                  | 200 USD                         |
| mBank                       | 500 zł                                     | 500 zł   | –  | 500 zł                          |
| Bank Gospodarstwa Krajowego | 250 zł                                     | –  | –  | 300 zł                          |

Zródło: <https://pozyczkaportal.pl/pozyczki/santander-bank-polska/> (dostęp: 10.12.2019).

Znacznie ciekawsza wydaje się być gwarancja ubezpieczeniowa<sup>3</sup>, przynajmniej w kontekście formy dokumentu wadialnego. W prawie ubezpieczeniowym brak jest szczegółowego opisu tego, jaką realnie może przyjąć formę gwarancja ubezpieczeniowa<sup>4</sup> jako dokument wadialny. Podstawowa definicja znajduje się w art. 4 ust. 7 pkt 1 Ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 999), a w Kodeksie Cywilnym tematyka ta również nie znajduje jakiegось w miarę czytelnego odzwierciedlenia.

<sup>3</sup> „Wadialna gwarancja ubezpieczeniowa”, G. Mazurek, 2018, *Przetargi Publiczne*, 1, s. 20-23.

<sup>4</sup> „Gwarancja ubezpieczeniowa”, P. Pieprzyca, 2018, *Przetargi Publiczne*, 2, s. 13-17.

W obecnie obowiązującym stanie prawnym zarówno zamawiający, jak też wykonawcy mogą posiłkować się jedynie wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. IV CSK 86/17), w myśl którego należy kierować się zasadami zdefiniowanymi dla gwarancji bankowej. Podobne stanowisko pojawiło się w wyrokach Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 sygn. V CSK 233/09 oraz z dnia 14 kwietnia 2016 r. sygn. II CSK 388/15. Kwestie poręczeń nie będą tu szczegółowo omawiane, gdyż zasadniczo nie budzą aż tylu wątpliwości. Pojawiające się nieprawidłowości zazwyczaj dotyczą poprawności wystawienia, a nie braku doprecyzowania formy czy też treści poręczenia<sup>5</sup>. Koszt gwarancji ubezpieczeniowej zazwyczaj jest uzależniony od wysokości kwoty sumy gwarancji i zawiera się przeciętnie w przedziale 0,5% do 10%<sup>6</sup>.

Zasady zwracania wadium w formie niepieniężnej budzą wiele kontrowersji, ponieważ ustawodawca, nowelizując wielokrotnie obowiązującą jeszcze ustawę PZP, nie wziął pod uwagę sytuacji, jaka nastąpiła wraz z przyjęciem zasad elektronizacji zamówień publicznych. W obecnie funkcjonującym porządku prawnym, który trwał będzie jeszcze do końca 2020 roku, instytucja podlegająca PZP obowiązana jest do stosowania pełnej elektronizacji procedury udzielania zamówienia publicznego, którego wartość przekracza tzw. progi unijne, wynikające z Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, wynoszące równowartość:

139 000 euro – dla dostaw lub usług, 5 350 000 euro – dla robót budowlanych; udzielanych przez zamawiających innych niż określone w pkt 1, z wyjątkiem zamówień, o których mowa w pkt 3–5, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: a) 214 000 euro – dla dostaw lub usług, b) 5 350 000 euro – dla robót budowlanych; 3) sektorowych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: a) 428 000 euro – dla dostaw lub usług, b) 5 350 000 euro – dla robót budowlanych; 4) w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: a) 428 000 euro – dla dostaw lub usług, b) 5 350 000 euro – dla robót budowlanych; 5) na usługi społeczne i inne szczególne usługi jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: a) 750 000 euro – w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, b) 1 000 000 euro – w przypadku zamówień sektorowych,

a co za tym idzie – korzystania jedynie z elektronicznej formy składanych dokumentów. Przy tym założeniu niemożliwe jest więc dopełnienie zasady ustawowej wynikającej z art. 46 ust. 1, który to stanowi, że „Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza” (Ibidem).

<sup>5</sup> [www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/zasady-wnoszenia-niepienieznych-form-wadium-przez-wykonawcow-ubiegajacych-sie-o-udzielenie-zamowien-publicznych-w-postepowaniach-wszczetych-po-dniu-17-pazdziernika-2018-r.](http://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/zasady-wnoszenia-niepienieznych-form-wadium-przez-wykonawcow-ubiegajacych-sie-o-udzielenie-zamowien-publicznych-w-postepowaniach-wszczetych-po-dniu-17-pazdziernika-2018-r.) (dostęp: 10.12.2019).

<sup>6</sup> <http://gwarancjakontraktowa.pl/koszt-gwarancje-ubezpieczeniowe/> (dostęp: 10.12.2019).

W kontekście kontroli pojawia się znaczący problem w postaci interpretacji art. 46 ust. 1 PZP<sup>7</sup>, który stanowi, że zamawiający ma obowiązek dokonać zwrotu wadium, jednak w dobie elektronizacji zamówień publicznych często następuje to w sposób wadliwy, ponieważ pojawia się tu pytanie, jak zwrócić skutecznie dokument wadialny, którego oryginałów może być nieskończenie wiele? W nowej ustawie znaleziono na to sposób i – jak stanowi art. 98 ust. 5 PZP – zamawiający zwraca wadium w postaci niepieniężnej poprzez złożenie oświadczenia o zwolnieniu wadium. Rozwiązanie to ma jednak podstawę prawną w akcie, który obowiązywać będzie od dnia 1 stycznia 2021 roku, a obecnie jedynym obowiązującym prawem jest ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r., w której to instytucja ww. oświadczenia nie funkcjonuje. W świetle obowiązujących przepisów skuteczny zwrot dokumentu wadialnego może więc nastąpić jedynie w sytuacji, gdy zamawiający prześle elektroniczny dokument wadialny za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, wcześniej tworząc jego kopię, która *de facto* nadal będzie oryginałem. Ustawodawca nie do końca przewidział implikacje pozostawienia kwestii zwrotu wadium w postaci niepieniężnej bez korekty w kontekście zmian w prawie. Można rzec, że temat ten nie ma aż takiego znaczenia, gdyż za rok prawo przestanie obowiązywać. Postępowania przetargowe podlegają jednak drobiazgowym kontrolom, w trakcie których może pojawić się zarzut o wadliwy zwrot wadium. Sytuacje takie są uznaniowe i pozostają w kategorii indywidualnego rozstrzygnięcia.

Jeśli kontroler potraktuje literalnie zapisy obowiązującego prawa, to bezspornie sytuacja, w której zamawiający zwróci dokument wadialny złożony w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, wykorzystując do tego oświadczenia o zwolnieniu wadium, to forma takiego zwrotu wadium zostanie uznana za wadliwą, a tym samym pojawi się zarzut, że zamawiający nie wykonał ustawowego obowiązku niezwłocznego zwrotu wadium.

Co więcej, zasadnym jest uznać, że sytuacja, w której zamawiający sporządzi kopię dokumentu wadialnego w postaci elektronicznej i pozostawi ją w swojej dokumentacji, to w świetle obowiązujących przepisów błąd, gdyż nie nastąpi zwrócenie oryginału dokumentu wadialnego uczestnikowi postępowania. Obecny stan prawny nie rozstrzyga tego problemu. Rozważania w tym wąskim zakresie można uznać za czysto teoretyczne, jednak kwestie zwrotu wadium nie są tematami błahymi i pociągają za sobą określone konsekwencje. Co prawda, PZP nie przewiduje sankcji za niezwrócenie wadium, co w korespondencji z jasnym wskazaniem obowiązku niezwłocznego zwrotu wadium sprawia, że przepis jest w pewnym sensie martwy, jednak niewątpliwie niedopełnienie tego obowiązku jest uchybieniem i może stać się przedmiotem sporu pomiędzy oferentem a wykonawcą.

Inną ważną kwestią jest sama istota wadium. Temat ten był przedmiotem nie tylko wielu debat, ale również postępowań zarówno przed Krajową Izbą Odwoławczą, jak i przed sądami różnych instancji, także przed Sądem Najwyższym. Z natury swej i z założenia wadium ma pełnić funkcję zabezpieczającą<sup>8</sup>, przede wszystkim zamawiającego przed udziałem w ogłaszanych postępowaniach firm, które mogą unikać podpisania umowy po wyborze ich oferty jako najkorzystniejszej lub wprowadzeniem zmywy cenowej. Kodeks Cywilny, na którym instytucja wadium się opiera, przewiduje również zabezpieczenia dla składającego zabezpieczenie wadialne w myśl art. 70<sup>4</sup> par. 2 Kodeksu Cywilnego – oferent, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, może dochodzić zapłaty dwukrotności wniesionego wadium w sytuacji, gdy zamawiający uchyła się od podpisania umowy. Zgodnie z PZP, tu również nie ma różnicy pomiędzy starą i nową ustawą – takiej możliwości nie ma też zabezpieczenie wadialne, niezależnie

<sup>7</sup> 1. Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.

<sup>8</sup> Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2011 r. KIO54/11.

od jego formy, gdyż jest świadczeniem jednostronnym. W dobie elektronizacji podstawowa funkcja wadium także zostaje w pewnym stopniu podważona. Dokument wadialny, zgodnie z jego przeznaczeniem w kontekście ustawy PZP, rzecz jasna powinien być dokumentem terminowym. Jego ważność powinna być ściśle określona i zbiegać się z terminem związania ofertą, który wynika wprost z PZP i wynosi, zgodnie z art. 85 ustawy, nie dłużej niż:

1) 30 dni – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; 2) 90 dni – jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro; 3) 60 dni – jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2 od dnia upływu składania oferty. W Nowej ustawie terminy te zostały zmienione 220 PZP wynoszą 1. Wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż: 1) 90 dni, 2) 120 dni – jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro (Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych).

Dokument wadialny może być przedłużony na wniosek zamawiającego w sytuacji, kiedy spodziewany termin rozstrzygnięcia postępowania i podpisania umowy rozbiega się z terminem związania ofertą. Istotna jest ważność dokumentu wadialnego – wygasa on w momencie jego zwrotu wystawcy. W tym miejscu zachodzi zasadniczy problem – jeśli mamy dokument wadialny w postaci dokumentu elektronicznego, podpisanego prawidłowo kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to każdy egzemplarz cyfrowy tego dokumentu jest jego oryginałem. To, co stanowiło kłopot w przedmiocie rozważań nad zwrotem wadium, jest i w tej kwestii problematyczne – dokument taki złożony jako element oferty czy też w inny sposób, jednak z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej określonymi przez Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych oraz Ustawę o środkach komunikacji elektronicznej – należy przez to rozumieć środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2019 r., poz. 123, 730), w wypadku nieuczciwości oferenta może zostać anulowany poprzez zwrot oryginału jego wystawcy. Niebezpieczeństwo takie istnieje w przypadku nieuczciwego uczestnika postępowania. W opinii Autora nie należy zakładać braku dobrej woli ze strony podmiotów startujących w postępowaniu, ale ustawodawca powinien był przewidzieć takie sytuacje i odpowiednio zabezpieczyć instytucję wadium w tym właśnie kontekście. Przed pełną elektronizacją problem był znikomy, ponieważ dokument wadialny był wystawiany w formie papierowej i przeważnie w jednym egzemplarzu, więc jego zwrot bez wiedzy zamawiającego był niemal niemożliwy. Obecnie jednak odesłanie drogą e-mailową dokumentu wadialnego do wystawcy nie stanowi problemu. W myśl ustawy i Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tym samym opierając się na zapisach rozporządzenia, zamawiający nie ma możliwości zgodnego z prawem zweryfikowania, czy dokument wadialny jest nadal w mocy. Sytuacja ta ma znaczenie również dla oferenta. W myśl ustawy PZP i orzecznictwa KIO, nie istnieje możliwość konwalidacji czynności wniesienia wadium<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2012 r. KIO63/12.

Mając na uwadze powyższe, dopuszczalne jest sądzić, że w świetle obecnych przepisów funkcja wadium, przynajmniej tego wnoszonego w postaci gwarancji bankowych oraz gwarancji ubezpieczeniowych, została mocno podważona. Jej podstawowy charakter, tj. zabezpieczenie zamawiającego przed nieuczciwym wykonawcą, został sprowadzony do poziomu, w którym lepiej by było zastrzec, że wadium może być wnoszone jedynie w formie pieniężnej, czego zamawiający zrobić nie może.

Zwrócić należy również uwagę na kwestię nie mniej istotną niż te już wskazane w niniejszym tekście. Wadium, jak to zostało przedstawione, jest szczególnym elementem procedury udzielenia zamówienia publicznego. Zgodnie z obowiązującą ustawą i kierunkiem orzecznictwa, dokument wadialny czy też wadium złożone w formie pieniężnej (jednak ta forma nie jest tu rozpatrywana) nie musi być złożony wraz z ofertą – ważne, by wadium zostało wniesione skutecznie do czasu upływu terminu składania ofert. Ustawa nie rozstrzyga tym samym, czy np. w przypadku postępowań prowadzonych z użyciem pełnej elektronizacji, czyli z wykorzystaniem platform zakupowych komercyjnych lub państwowej (miniportal), za błąd należy uznać przekazanie dokumentu wadialnego za pośrednictwem poczty elektronicznej lub w formie tradycyjnej, czyli dokumentu wydrukowanego i podpisanego przez osobę do tego uprawnioną. Zamawiający stojący na stanowisku, że niedołączenie dokumentu wadialnego do oferty w postaci elektronicznej to błąd, sam go popełni, gdyż forma wniesienia wadium, w przypadku, gdy jest zgodna z listą określoną w art. 45 pkt 6 PZP<sup>10</sup>, nie ma znaczenia, o ile czynność wniesienia nastąpi w określonym przez zamawiającego terminie, a sam dokument sporządzony jest prawidłowo.

### Podsumowanie

Konkludując, kwestia wadium w postaci niepieniężnej staje się w dobie powszechnej elektronizacji procedur zamówieniowych poważnym problemem. Nowo uchwalona ustawa prawo zamówień publicznych doprecyzowuje wiele kwestii, ale pozostaje cały rok 2020, w którym to obowiązywać będą stare przepisy, pozostawiające wiele niedomówień w kwestiach związanych z prawidłowością wniesienia i zwrotu wadium w kontekście elektronizacji postępowań zakupowych. Wspomnieć należy również, że obecnie obowiązująca ustawa PZP dotyczyć będzie wszystkich postępowań wszczętych w roku 2020, niezależnie od tego, kiedy nastąpi ich zakończenie. Wiele z podnoszonych w tym tekście kwestii jest tematami czysto uznaniowymi, co stanowi największe niebezpieczeństwo w szczególności dla zamawiającego, który podlegać może niezliczonej liczbie kontroli.

### Bibliografia

- Mazurek, G. (2018). Wadialna gwarancja ubezpieczeniowa. *Przetargi Publiczne*, 1, 20-23.
- Packo, A. (2016). *Zwrot i zatrzymanie wadium Problemy praktyczne w świetle orzecznictwa KIO*. Wrocław: Presscom Sp. z o.o.
- Panasiuk, A. (2013). *System zamówień publicznych zarys wykładu*. Warszawa: Public Procurement Legal Publisher.
- Pieprzycyca, P. (2018). Gwarancja ubezpieczeniowa. *Przetargi Publiczne*, 2, 13-17.
- Pieróg, J. (2019). *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Puchacz, K. (2010). *Kontrola zamówień publicznych*. Wrocław: Presscom Sp. z o.o.
- Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z 2019 r., poz. 2450).

<sup>10</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843).

Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126).

Ustawa Kodeks Cywilny (Dz.U. z 2019 r., poz. 1145; Dz.U. z 2019 r., poz. 1495).

Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 999).

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019).

Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2019 r., poz. 123, 730).

Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 869, 1622, 1649, 2020).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2019 r., poz. 2357).

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843).

Ustawa z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2019 r., poz. 310, 836, 1572).

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 sygn. V CSK 233/09.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 kwietnia 2016 r. sygn. II CSK 388/15.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. IV CSK 86/17).

<http://gwarancjakontraktowa.pl/koszt-gwarancje-ubezpieczeniowe>.

<https://pozyczkaportal.pl/pozyczki/santander-bank-polska>.

[www.legalis.pl](http://www.legalis.pl).

[www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/zasady-wnoszenia-niepienieznych-form-wadium-przez-wykonawcow-ubiegajacych-sie-o-udzielenie-zamowien-publicznych-w-postepowaniach-wszczetych-po-dniu-17-pazdziernika-2018-r](http://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/zasady-wnoszenia-niepienieznych-form-wadium-przez-wykonawcow-ubiegajacych-sie-o-udzielenie-zamowien-publicznych-w-postepowaniach-wszczetych-po-dniu-17-pazdziernika-2018-r).