

# Wadium w nowym Pzp

## – forma, zasady wnoszenia, zwrotu i zatrzymywania

JOANNA PRESZ-KRÓL

**P**rzepisy nowego Prawa zamówień publicznych nie wprowadziły rewolucji w instytucji wadium. Jego cel, forma oraz podstawowe zasady wnoszenia i zatrzymania pozostały w dużej mierze niezmienione.

### INSTYTUCJA WADIUM

Nowe Pzp podobnie jak obecne nie definiują terminu wadium. Wydaje się to zbędne z powodu jego dostatecznego i mającego zastosowanie również na gruncie Pzp zdefiniowania w przepisach Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 70<sup>4</sup> Kc wadium „w warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinni, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium)”.

**Przepisy Pzp, tak nowej, jak i dotychczasowej ustawy szerzej niż przepisy Kodeksu cywilnego określają okoliczności skutkujące zatrzymaniem wadium oraz mechanizm zwrotu wadium. Te regulacje zawarte zostały już w treści nowego Pzp i jako *lex specialis* w stosunku do Kc będą miały zastosowania mimo odmiennych regulacji kodeksowych.**

Utrzymane zostały również te cechy wadium, które w praktyce świadczą o jego wyjątkowym charakterze i wrażliwości na wszelkie błędy wykonawcy popełnione w związku z zabezpieczeniem oferty wadium. Nie będzie możliwe poprawienie dokumentu wadium w trybie art. 223 nowego Pzp jako omyłki z uwagi na jego odrębny od oferty status, ani jego uzupełnienie<sup>1</sup>. W doktrynie i orzecznictwie dopuszcza się jedynie korektę oczywistych omyłek w drodze wykładni oświadczenia woli na podstawie art. 65 Kc<sup>2</sup>. Wypracowane na tym tle orzecznictwo KIO pozostanie aktualne również pod rządami nowej ustawy.

### ŻĄDANIE WADIUM

**Istotną nowością zawartą w nowym Pzp jest zniesienie obowiązku żądania wadium w postępowaniach o wartości szacunkowej przekraczającej tzw. progi unijne. Każdorazowo, niezależnie od wartości zamówienia,**

**to zamawiający będzie decydował czy w danym postępowaniu zastrzec wadium (art. 97 ust. 1 i art. 281 pkt 10).**

Ta wyczekiwana zmiana przede wszystkim ułatwi procedowanie w zamówieniach o znacznej łącznej wartości ale złożonych z dziesiątek, a czasem nawet setek części. Problem ten był ściśle związany z uregulowanym w obecnie i powtórzonym w nowej Pzp obowiązku określenia wadium odrębnie dla każdej części zamówienia (art. 97 ust. 3 nowego Pzp) i dotyczył przede wszystkim szpitali, czy jednostek badawczych, które dzielą zamówienia na wiele „pakietów” aby zwiększyć konkurencję w poszczególnych częściach.

Ustawodawca wprost natomiast nie uregulował możliwości żądania wadium tylko w zakresie niektórych części w jednym postępowaniu np. tych o dużej wartości lub znaczeniu dla zamawiającego. W ocenie autorki tak jednak należy interpretować przepis art. 97 ust. 3 w zw. z art. 97 ust. 1 i 2 nowego Pzp. W innym przypadku swoboda zamawiającego byłaby znacznie uszczuplona, co jak się wydaje nie było intencją ustawodawcy.

**Ustawodawca zdecydował się również na rozróżnienie wysokości wadium w zależności od wartości postępowania. W przypadku postępowań unijnych maksymalna kwota wadium jaką może zażądać zamawiający wynosi 3% wartości zamówienia. W postępowaniach krajowych jest o połowę niższa i wynosi maksymalnie 1,5% wartości zamówienia.**

Zestawienie progu 1,5% z wartościami postępowań na dostawy lub usługi daje kwoty, które za pewne nie będą

<sup>1</sup> Co prawda przepis art. 128 ust. 1 nowego Pzp umożliwi uzupełnienie innych dokumentów składanych w trakcie postępowania, należy jednak przyjąć, że do tego katalogu nie zostanie zaliczony dokument wadium wypaczałoby to bowiem sens tej instytucji. Orzecznictwo KIO ukształtowane na gruncie obecnego art. 26 ust. 3 Pzp pozostanie aktualne.

<sup>2</sup> Wyrok KIO z dnia 3 września 2018 r., sygn. akt KIO 1674/18, wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 684/18, wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1824/17.

odstraszać od uchylenia się wykonawcy od zawarcia umowy (np. w sytuacji zmiany cen na rynku) i dadzą mu silniejszą pozycję do negocjowania zmiany umowy jeszcze przed jej zawarciem.

## FORMA I TREŚĆ WADIUM

**Zgodnie z art. 97 ust. 7 nowego Pzp 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 i 1572).**

Katalog form, w których możliwe jest wniesienie skrócono jedynie o jedną z form – poręczenie bankowe i spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej.

Niezmienna pozostaje zasada, że to wykonawca, a nie zamawiający decyduje z której dostępnych prawnie form skorzystać. Ustawodawca zdecydował się to jeszcze podkreślić poprzez dodanie do istniejącej już na gruncie art. 45 ust. 6 sformułowania „wadium może być wniesione w jednej lub kilku formach” słów: „według wyboru wykonawcy” (art. 97 ust. 7 nowego Pzp). Tak jak obecnie możliwe będzie wniesienie wadium w kilku formach, np. częściowo w pieniądzu, a częściowo w gwarancji ubezpieczeniowej. Przy czym wykonawca może dokonywać dowolnych kombinacji form wyłącznie wskazanymi w ustawie formami<sup>3</sup>.

Kluczowa zmiana w formie wadium związana jest z faktem, że nowe Pzp zakłada pełną elektronizację procesu udzielania zamówień publicznych. Uczestnicy rynku zamówień mają już niemałe doświadczenie z tą problematyką na gruncie postępowań o wartości powyżej tzw. progów unijnych, które są udzielane w pełnej elektronizacji od 2018 r. Znaczna część problemów dotyczyła formy, w jakiej powinno zostać wniesione wadium „elektroniczne”.

Nowe Pzp w art. 97 ust. 10 częściowo rozstrzyga istniejące na gruncie obecnej ustawy wątpliwości. Zgodnie z tym przepisem jeżeli wadium wnoszone w innej formie niż pieniądzu to wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Jednoznacznie zatem przesądzono, o konieczności uzyskania wadium już w postaci elektronicznej od ubezpieczyciela, banku czy poręczyciela oraz o braku możliwości złożenia kopii dokumentu wadium. Tym samym, wnie-

sienie dokumentu wadium w postaci elektronicznej powinno obejmować przekazanie tego dokumentu w takiej formie w jakiej został on ustanowiony przez gwaranta/poręczyciela, przy czym musi on być już oryginalnie wystawiony w postaci elektronicznej.

Wymagana przywoływanym przepisem postać elektroniczna nie zawsze będzie oznaczała wymogu złożenia dokumentu w formie elektronicznej to jest opatrzonego podpisem kwalifikowanym. O tym jaka forma dla postaci elektronicznej będzie właściwa każdorazowo będą przesądzały właściwe dla tej formy przepisy. I tak gwarancje bankowe i poręczenia dla swojej ważności wymagają formy elektronicznej zgodnej z art. 78 Kc, a zatem opatrzonej podpisem elektronicznym. Wynika to wprost z właściwych przepisów art. 81 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Prawa Bankowego oraz art. 876 § 2 Kodeksu cywilnego.

Znacznie bardziej skomplikowana będzie kwestia właściwej formy dla gwarancji ubezpieczeniowej. Przepisy nie wymagają dla tego rodzaju dokumentów formy pisemnej pod rygorem nieważności, a jedynie potwierdzenia dokumentem ubezpieczenia (art. 809 Kc).

**W orzecznictwie podkreśla się, że „gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych<sup>4</sup>.**

Należy zatem przyjąć, że oryginałem gwarancji ubezpieczeniowej będzie dokument wystawiony w postaci elektronicznej przez ubezpieczyciela i zgodnie z jego praktyką i umową ubezpieczenia wystarczający do dokonania z niego egzekucji – może być to dokument w formie elektronicznej zgodnie z art. 78 Kc ale też dokument generowany w postaci elektronicznej bez podpisu kwalifikowanego np. weryfikowany przez kod.

Podobnie jak obecnie obowiązującą ustawą, nowe Pzp nie reguluje kwestii minimalnej treści wadium wnoszone w innej formie, niż pieniężna. Kluczowym wymaganiami jest wyraźne wskazanie okoliczności uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium i deklaracja gwaranta do bezwarunkowej zapłaty w przypadku wystąpienia tych okoliczności.

<sup>3</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2013r., KIO 2362/13, aktualny również po 1 stycznia 2020 r.

<sup>4</sup> Tak: Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 stycznia 2006 r. I ACa 761/05.

W orzecznictwie jednolicie i konsekwentnie podkreśla się, że dokument gwarancyjny powinien być sformułowany w sposób jasny, nie budzący wątpliwości interpretacyjnych co do możliwości zamawiającego wyegzekwowania wadium w okolicznościach przewidzianych ustawą<sup>5</sup>. Niezbędne jest również wskazanie okresu, który zabezpiecza i kwoty wadium. W orzecznictwie wskazuje się, że minimalnymi wymaganiami jakie musi spełniać dokument gwarancji wadium jest „określenie gwaranta, określenie beneficjenta, określenie warunków zapłaty, na które składają się wysokość sumy gwarancyjnej, okres ważności zobowiązania gwaranta, a także sposób zgłoszenia żądania”<sup>6</sup>.

### ZASADY WNOSZENIA WADIUM

Zasady wnoszenia wadium zależą od wybranej przez wykonawcy formy wadium. W przypadku wadium w formie pieniądza, powinno być wniesione na rachunek bankowy zamawiającego. Istotne jest, aby wykonawca dokonał przelewu na tyle wcześniej, aby w chwili otwarcia ofert środki znalazły się na koncie zamawiającego. Natomiast dokument wadium składany w innej formie niż pieniądź powinny zostać załączone do oferty oraz przesłane wraz z nią przez platformę zakupową zamawiającego.

**Na pewno dużym ułatwieniem dla wykonawców wnoszących wadium w innej formie niż pieniądź będą przepisy dotyczące oznaczania terminu związania ofertą, bowiem ustawodawca zobowiązał zamawiających do oznaczania tego terminu datą dzienną w dokumentach zamówienia, a nie jak to mamy obecnie jedynie liczbą dni (por. art. 220 i 307 nowego Pzp).**

Wadium wnosi się na cały okres związania ofertą i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą (art. 97 ust. 5 nowego Pzp). Ścisły związek wadium z terminem związania ofertą odzwierciedla także przepis art. 97 ust. 6 nowego Pzp, który stanowi, że przedłużenie terminu związania ofertą dopuszczalne jest wyłącznie z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Także w kwestii przedłużania ważności wadium nowe Pzp przewiduje nowe, lepsze rozwiązanie. Z uwagi na fakt, że termin związania ofertą będzie mógł być przedłużony tylko raz to i konieczność przedłużania wadium, a co za tym idzie ponoszenia kosztów z tego tytułu zostanie skrócona do maksymalnie 60 dni w postępowaniach krajowych (30 dni podstawowego terminu i 30 dni przedłużonego) oraz 180 dni w postępowaniach unijnych (maksymalna długość podstawowego terminu związania ofertą 120 dni i 60 dni terminu przedłużonego).

Ustawodawca nie zdecydował się na bardziej szczegółowe niż dotychczas uregulowanie kwestii wnoszenia wadium przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy oraz przez konsorcjum. Orzecznictwo, które co do zasady dopuszczało wniesienie wadium w formie pieniądza przez osobę trzecią<sup>7</sup> zostanie zatem aktualne również na gruncie Nowego Pzp.

### ZWROT WADIUM

Nowe Pzp przewiduje duże zmiany w przepisach dotyczących zwrotu wadium. To kolejny wyraz wyjścia naprzeciw oczekiwaniom i potrzebom wykonawców. W tym przypadku ustawodawca nie kopiował obecnych przepisów, lecz wdrożył nowe rozwiązania w oparciu o znaną już obecnym przepisom instytucję zwrotu wadium.

**Zamawiający będzie zobowiązany do zwrotu wadium w dwóch odrębnie uregulowanych okolicznościach – z urzędu – w sytuacjach określonych w przepisach oraz na wniosek wykonawcy.**

Zwrot wadium z urzędu następuje w trzech sytuacjach. Po pierwsze zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później niż 7 dni, po upływie terminu związania ofertą. Tm samym ustawodawca przesądził o możliwości dokonania wyboru oferty niezabezpieczonej wadium, a nawet po okresie związania. Zadzaje się tak w sytuacji, gdy zamawiającemu nie uda się rozstrzygnąć postępowania w terminie związania przewidzianym w dokumentach postępowania oraz ewentualnie po upływie przedłużonego okresu związania ofertą. W takiej sytuacji wykonawcy nie będzie grozić odrzucenie oferty. Przed wyborem najkorzystniejszej oferty zamawiający natomiast wezwie wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. W przypadku braku zgody tego wykonawcy zamawiający zwróci się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.

Wadia będą zwracane również wykonawcom z urzędu, to zawarcie umowy z wybranym wykonawcą oraz prawomocne, tj. niezaskarżalne unieważnienia postępowania (art. 98 ust. 1 nowego Pzp). Zwrot ten jest zatem ściśle powiązany z ostatecznym zakończeniem postępowania, a zatem i brakiem celowości dalszego zatrzymywania wadium.

<sup>5</sup> Por. m.in. wyrok z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1824/17.

<sup>6</sup> Za wyrokiem KIO z dnia 4 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2394/18.

<sup>7</sup> Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2012 r., KIO 2793/11; Wyrok KIO z dnia 19 marca 2010 r., Wyrok KIO z dnia 1 lutego 2011 r., KIO 126/11.

W nowym Pzp rozszerzono katalog okoliczności, w których zwrot wadium nastąpi na wniosek wykonawcy. Obecnie dotyczy on jedynie sytuacji cofnięcia oferty przed terminem otwarcia ofert. Od stycznia 2021 r. zamawiający będzie obowiązany zwrócić wadium wykonawcy również jeżeli: a) jego oferta została odrzucona, b) po wyborze najkorzystniejszej oferty, jeśli to nie oferta wnioskodawcy została wybrana jako najkorzystniejsza, c) po nieprawomocnym unieważnieniu postępowania tj. w sytuacji gdy nie minął termin na zaskarżenie tej czynności lub gdy inny wykonawca zaskarżył czynność unieważnienia postępowania do KIO (art. 98 ust. 2 nowego Pzp).

Istotne jest, że złożenie wniosku o zwrot wadium powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej (art. 98 ust. 3 nowego Pzp). Tym samym wystąpienie wykonawcy z takim wnioskiem będzie równoznaczne z deklaracją braku zainteresowania dalszym udziałem w postępowaniu.

Zwrot wadium powinien nastąpić w ciągu 7 dni od momentu zdarzenia określonego w przepisach, w przypadku zwrotu z urzędu lub od dnia złożenia wniosku przez wykonawcę gdy zwrot następuje na wniosek. Nowe Pzp wyraźnie również uregulowało sposób zwrotu wadium wniesionego w innej formie niż w pieniądzu. Było to istotne z uwagi na specyfikę wadium złożonego w postaci elektronicznej oraz związaną z tym wielość oryginałów dokumentu wadium. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, zamawiający zwraca wadium przez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenie o zwolnieniu wadium (art. 98 ust. 5 Pzp). Przepis ten ma charakter potwierdzający ukształtowaną już praktykę działania zamawiających.

## ZATRZYMANIE WADIUM

Nowe Pzp utrzymuje w znacznej mierze niezmienną instytucję zatrzymania wadium. Nowe w stosunku do obecnie funkcjonujących przepisów jest rozwiązanie dotyczące zasad zatrzymania wadium albo wystąpienia przez zamawiającego z żądaniem zapłaty wadium.

**Zatrzymanie wadium wraz z odsetkami będzie miało miejsce w przypadku wadium wniesionego w pieniądzu, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia zamawiający będzie występował odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium.**

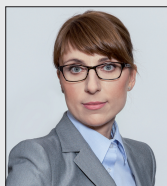
Przesłanki zatrzymania wadium zawiera art. 97 ust. 6 nowego Pzp i jest to katalog analogiczny do funkcjonującego obecnie.

Wśród dokumentów, których nieuzupełnienie skutkować będzie utratą wadium nowe Pzp wymienia: a) podmiotowe środki dowodowe dot. braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, b) przedmiotowe środki dowodowe dot. spełniania przez usługę, dostawę, roboty budowlane wymagań postawionych przez zamawiającego, c) oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganiu wykluczeniu, w tym dokumencie JEDZ oraz c) innych dokumentów lub oświadczeń. To ostatnie, szerokie sformułowanie może budzić wątpliwości co do nazbyt szerokiego i niedookreślonego katalogu dokumentów, co istotnie zwiększa ryzyko zaistnienia konieczności zatrzymania wadium. Zostało ono zaczerpnięte wprost z art. 128 ust. 1 nowego Pzp regulującego procedurę wezwania do uzupełnienia dokumentów, gdzie umożliwia szerokie zastosowanie instytucji uzupełnienia dokumentów. Ustawodawca zatem stara się być konsekwentny i uznaje, że skoro jakieś dokumenty są niezbędne w postępowaniu a wykonawca ich nie uzupełnił to musi się liczyć z ryzykiem utraty wadium, w sytuacjach uregulowanych przepisami.

**Nowe Pzp nie reguluje w jaki sposób należy uzupełnić dokumenty aby uniknąć ryzyka zatrzymania wadium. Pozostanie zatem aktualne orzeczenie SN wydane na gruncie obecnych przepisów, że nie wystarczy jedynie formalnie uzupełnić dokumenty (np. złożyć ponownie te same dokumenty)<sup>8</sup>.**

Przy czym, również na gruncie nowego Pzp utrzymano brak automatyzmu przy podejmowaniu decyzji o zatrzymaniu wadium w trakcie postępowania. Zamawiający będzie musiał dodatkowo stwierdzić, czy nieuzupełnienie dokumentów lub brak zgody na poprawienie omyłki uniemożliwił wybór danej oferty jako najkorzystniejszej oraz czy przyczyną dla których do tego doszło leżą po stronie wykonawcy.

<sup>8</sup> Wyrok SN 22.06.2017 r. III CZP 27/17 „Wadium podlega zatrzymaniu na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp także wtedy, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie złożył dokumenty lub oświadczenia, ale z ich treści nie wynika potwierdzenie okoliczności, o których



### JOANNA PRESZ-KRÓL

Radca prawny, partner zarządzający w Kancelarii Prawnej Pieróg & Partnerzy. Laureatka konkursu Ring Stars Prawnicy – liderzy jutra 2015. Specjalizuje się w Pzp, prawie gospodarczym i prawie spółek handlowych.