



**PIERÓG**  
& Partnerzy

Na zgłaszane przez Państwa pytania, wątpliwości bądź sygnalizowane niejasności przepisów, odpowiadają prawnicy specjalizujący się w problematyce zamówień publicznych z Kancelarii Pieróg & Partnerzy, która sprawuje merytoryczny patronat nad tą rubryką.

**Dzisiaj na pytania Czytelników odpowiada  
Jakub Mokrzycki, aplikant radcowski z Kancelarii Prawnej  
Pieróg & Partnerzy.**



# Prawnik podpowiada

## ZMIANA RODZAJU WNIESIONEGO WADIUM

**Ze względu na rodzaj postępowań w których bierzemy udział, czas ich trwania jest bardzo długi (nawet do 7 miesięcy). Zwykle wnosimy wadium w formie pieniężnej – jest to proste nie wymaga wcześniejszych przygotowań. Z drugiej strony nasze pieniądze mogą być przez wiele miesięcy „zablokowane” na koncie zamawiającego. W związku z tym chcielibyśmy zapytać, czy możliwe jest zmienienie rodzaju wniesionego wadium.**

Prawo zamówień publicznych nie przewiduje procedury zmiany formy wadium. Z uwagi na specyfikę postępowań w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego rozróżnić dopuszczalność sytuacji zmiany formy wadium na etapie przed upływem terminu składnia ofert oraz po tej dacie.

Uwzględniając treść obowiązujących przepisów przyjąć należałoby, iż nie ma podstaw do odmówienia dokonania

zmiany wadium przed terminem składnia ofert. Zasadne wydaje się bowiem stosowanie, w drodze analogii, przepisów pozwalających na zmianę i wycofanie złożonej oferty. Co więcej niedopuszczalność zmiany formy wadium nie mogłaby zostać faktycznie wyegzekwowana. Zgodnie bowiem z art. 46 ust. 2 Pzp w przypadku wycofania oferty zamawiający jest zobowiązany do niezwłocznego zwrotu wpłaconego wadium. Tym samym, odmowa dokonania zmiany formy wadium prowadziłaby do fikcyjnego wycofywania ofert oraz ponownego ich wnoszenia, już z wadium w nowej formie.

Wskazać należy również, że brak jest podstaw do wymagania, aby nowe wadium wnoszone było jednocześnie ze złożeniem oświadczenia w tym przedmiocie. Bardzo istotne jest jednak, aby w chwili upływu terminu składnia ofert nowe wadium zostało skutecznie wniesione. Dopuszczając bowiem możliwość złożenia oświadczenia w przedmiocie zmiany (zwrotu) wadium, konsekwentnie uznać należy iż od chwili doręczenia takiej informacji zamawiającemu, dotychczasowe wadium traktowane powinno być tak, jakby zostało już zwrócone.

W przypadku zmiany formy złożonego wadium, już po otwarciu ofert, wskazać należy iż będzie to dopuszczalne w przypadku przedłużenia terminu związania ofertą (art. 85 ust. 4 Pzp). W pozostałych zaś przypadkach, tak jak wspomniano już powyżej, brak jest regulacji ustawowej. Zasadne wydaje się jednak dopuszczenia takiej możliwości, ale pod warunkiem zachowania ciągłości wadium. Tym samym za niedopuszczalne należałoby uznać złożenie oświadczenia o wycofaniu wadium bez jednoczesnego złożenia go w innej formie.

Dopuszczalność zmiany formy wadium znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie. W nadal aktualnym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2009 r.<sup>1</sup> stwierdzono, że „Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych bezwzględnie wymagają, aby oferta była zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą, nie zakazując przy tym możliwości zmiany formy wniesionego wadium. Możliwość taka występuje na każdym etapie postępowania (...)”.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż w Pzp brak jest przepisów zakazujących zmiany formy wniesionego wadium. W przypadku zmiany formy wadium po upływie terminu składania ofert, wykonawca powinien zapewnić jednak nieprzerwaną ciągłość wadium.

### UMOWA DOWODOWA W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

**W związku z nowelizacją przepisów o postępowaniu cywilnym rozważamy wyłączenie możliwości powoływania dowodów w ewentualnym postępowaniu sądowym (umowa dowodowa). Czy zawarcie takiej umowy jest dopuszczalne w zamówieniach publicznych?**

Na mocy ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw<sup>2</sup> wprowadzono daleko idące zmiany w Kodeksie postępowania cywilnego. Jedną z najbardziej istotnych jest przywrócenie odrębnych postępowań w sprawach gospodarczych. Wśród przepisów dotyczących nowego rodzaju postępowania znalazły się również postanowienia o tzw. umowie dowodowej (art. 458<sup>9</sup> Kpc). Istotą tego typu umowy jest wyłączenie określonych dowodów w postępowaniu sądowym.

Analizując treść wspomnianego przepisu wskazać należy, iż ustawodawca przewidział dwa podstawowe wymogi dotyczące takich umów. Po pierwsze, muszą one dotyczyć stosunków prawnych wynikających z umów. Niewątpliwie zatem, do tej kategorii zaliczyć należy wszelkie spory związane z realizacją umów zawartych po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po drugie sama umowa dowodowa musi być sporządzona w formie pisemnej (ewentualnie zawarta ustnie przed sądem).

Analogiczny wymóg sformułowany jest w art. 139 ust. 2 Pzp. Podsumowując zatem, brak jest formalnych przeciwskażeń do zawierania tego rodzaju umów w związku z udzielaniem zamówień publicznych.

Przepis o umowie dowodowej umieszczony został w dziale dotyczącym postępowań w sprawach gospodarczych, nie zaś część ogólnej Kpc. Dodatkowo, zgodnie z art. 458<sup>1</sup> § Kpc, przepisy tego działu stosuje się w sprawach gospodarczych podlegających rozpoznaniu w procesie. Tym samym uznać należy, że umowę dowodową będzie można zawrzeć wyłącznie w sprawach gospodarczych w rozumieniu Kpc. Wykaz takich spraw zawiera art. 458<sup>2</sup> § Kpc.

Wspominany przepis nie przewiduje żadnej generalnej przesłanki dotyczącej zamówień publicznych. Za podstawy mogące mieć praktyczne zastosowanie, uznać można sprawy: ze stosunków cywilnych między przedsiębiorcami w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej; z umów o roboty budowlane oraz ze związanymi z procesem budowlanym umów służących wykonaniu robót budowlanych; z umów leasingu. W przypadku, gdy w sprawie nie zachodzi żadna z przesłanek określonych w Kpc, zawarcie umowy dowodowej nie wywoła skutków prawnych.

Podsumowując, obowiązujące przepisy nie wyłączają dopuszczalności zawierania umów dowodowych pomiędzy zamawiającymi i wykonawcami. W praktyce jednak liczba postępowań, w których taka umowa będzie mogła zostać zawarta, będzie mocno ograniczona. Warto również

<sup>1</sup> Sygn. akt KIO/UZP 115/09.

<sup>2</sup> Dz. U. poz. 1469 ze zm.

wskazać, że obecnie brak jest orzecznictwa oraz praktyki w zakresie zawierania i wykonywania takich umów. Dodatkowo zastrzeżenia może budzić celowość uprzedniego wyłączenia możliwości powołania określonych dowodów przed sądem. Na zakończenie wspomnieć należy, że nowe Prawo zamówień publicznych również nie reguluje analizowanej problematyki.

## **BŁĄD W TREŚCI GWARANCJI BANKOWEJ**

**Jako wykonawcy bierzemy udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (przetarg nieograniczony). Wskutek błędu w treści gwarancji bankowej wkraść się drobny błąd. Czy w takiej sytuacji zamawiający będzie musiał wezwać nas do złożenia poprawionego dokumentu lub złożenia wyjaśnień? Czy błąd w treści gwarancji zawsze spowoduje odrzucenie oferty?**

Odpowiadając na pierwsze pytanie wskazać należy, że dokument wadialny (potwierdzający wniesienie wadium w postaci innej niż pieniężna) nie jest uznawany za ofertę<sup>3</sup>.

Powyższe stwierdzenie ma daleko idące konsekwencje. Wskazać bowiem należy, że art. 87 ust. 1 i 2 Pzp daje podstawy jedynie do wyjaśniania i poprawy omyłek w treści złożonych ofert. Tym samym przepis ten nie znajduje zastosowania do dokumentów związanych z wadium (w tym gwarancji bankowej). Co więcej dokumenty takie nie mogą być uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych („Zasady wnoszenia niepieniężnych form wadium przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r.”) dokumenty wadialne „nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu/kryteriów kwalifikacji ani braku podstaw do wykluczenia. Konsekwencją powyższego jest niemożność uzupełniania ewentualnych braków w prawidłowym wniesieniu wadium w trybie wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp”.

Przyjmując powyższe stanowisko należałoby także, konsekwentnie przyjąć, że nieporuszalne będzie uzupełnienie takich dokumentów na podstawie art. 26 ust.

2f Pzp, ani wyjaśnienie ich treści zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż w przypadku błędu w treści dokumentu wadialnego, brak jest możliwości poprawy jego treści (w drodze korekty omyłki albo złożenia nowego dokumentu) lub złożenia odpowiednich wyjaśnień. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się natomiast, że nie jest wykluczone dokonanie wykładni treści złożonego dokumentu. Wykładania samego dokumentu, nie może być jednak rozszerzająca, a raczej powinna odbywać się ściśle<sup>4</sup>. Tym samym nie każda omyłka uzasadnia odrzucenie oferty.

Z przesłanego pytania nie wynika jakiego rodzaju błąd został popełniony w dokumencie, trudno zatem określić czy posiada on istotne znaczenie lub czy może zostać skorygowany w drodze odpowiedniej wykładni. Każdy przypadek powinien być bowiem rozpatrywany indywidualnie. Ogólne wskazówki można znaleźć w orzecznictwie. Na przykład w wyroku z dnia z dnia 4 grudnia 2018 r.<sup>5</sup> wskazane zostało, iż niezbędnymi elementami gwarancji jest określenie gwaranta, określenie beneficjenta, określenie warunków zapłaty, na które składają się wysokość sumy gwarancyjnej, okres ważności zobowiązania gwaranta, a także sposób zgłoszenia żądania. W konsekwencji przyjąć należy, że brak powyższych informacji (lub istotne błędy w ich zakresie) powinny prowadzić do odrzucenia oferty.

<sup>3</sup> Tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 marca 2009 r., sygn. KIO/UZP 202/09.

<sup>4</sup> Tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 listopada 2016 r., sygn. KIO 2179/16.

<sup>5</sup> Sygn. KIO 2394/18.

**Pytania, z dopiskiem  
„Prawnik podpowiada”,  
prosimy kierować  
na adres:**

**redakcja@publicus.pl**