

**Pojęcia kluczowe:** gwarancja wadialna, odrzucenie oferty, zamówienia publiczne, żądanie wypłaty z gwarancji wadialnej, termin ważności gwarancji wadialnej

*Michał Łuc*

## Z problematyki gwarancji wadialnych

### ABSTRAKT

Omówiona została kwestia prawidłowości wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej (ubezpieczeniowej) w zakresie zastrzeżenia terminu na wniesienie żądania zapłaty – jak termin ten winien być ustalony, aby oferent nie doznał negatywnych konsekwencji. Analizie poddano kształtującą się w zamówieniach publicznych linię orzeczniczą, zgodnie z którą ustawa pozwala (lub wręcz nakazuje) zapewnić gwarancję, której termin ważności kończy się z terminem składania ofert. Zdaniem autora rozwiązanie to jak *de lege lata* jest prawidłowe, tak *de lege ferenda* godzi w istotę wadium.

W ramach artykułu przybliżona zostanie problematyka prawidłowości wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej w zakresie zastrzeżenia w jej treści terminu na wniesienie do gwaranta żądania zapłaty. Asumptem do pochylenia się nad tym zagadnieniem są zauważalne w przeszłości, w szczególności w zamówieniach publicznych<sup>1</sup>, wątpliwości dotyczące gwarancji wadialnych, w ramach których termin ważności gwarancji wadialnej<sup>2</sup> był równy terminowi związania ofertą, a tym samym konstrukcja takiej gwarancji ograniczała możliwość wniesienia żądania zapłaty w ostatnich chwilach jej ważności. Uznanie, że w takiej sytuacji mamy do czynienia z nieprawidłowością wadium, może mieć dalekosiężne skutki, w tym w reżimie zamówień publicznych związane z koniecznością odrzucenia oferty z uwagi na brak właściwego zabezpieczenia przebiegu postępowania<sup>3</sup>. W konsekwencji ewentualna nieprawidłowość w tym zakresie może decydować o tym, czy podmiot starający się o uzyskanie zamówienia będzie mógł je uzyskać. Przedmiotowe rozważania będą prowadzone głównie w odniesieniu do zamówień publicznych, a to mając na uwadze

---

1 Regulowanych obecnie ustawą z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605), dalej: PZP.

2 Przez który gwaranci (tak banki, czy też towarzystwa ubezpieczeń) rozumieją termin, w ciągu którego żądanie zapłaty winno być dostarczone do gwaranta, aby ten był zobowiązany dokonać zapłaty z gwarancji.

3 Skutek taki w zamówieniach publicznych został *explicite* wyrażony w ustawie, por. art. 226 ust. 1 pkt 14P PZP.

fakt, że to właśnie w przypadku wydatkowania środków publicznych najczęściej mamy obecnie do czynienia z postępowaniami przetargowymi zabezpieczanymi wadium<sup>4</sup>. Jednakże problematyka przedstawiona w niniejszym opracowaniu ma szersze znaczenie, przy uwzględnieniu okoliczności, że prowadzone rozważania mogą mieć analogicznie zastosowanie do przypadków postępowań przetargowych zabezpieczonych wadium, a prowadzonych poza reżimem zamówień publicznych<sup>5</sup>. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie ma wszak publicznoprawnego charakteru<sup>6</sup>, a przepisy je regulujące stanowią rozbudowany system odnoszący się do zawarcia umowy według reguł kodeksowych, w warunkach mających zapewnić, aby wydatkowanie środków publicznych następowało efektywnie oraz racjonalnie, w sposób zapewniający poszanowanie zdrowej konkurencji, jak i z zachowaniem wymaganej transparentności, w celu wyeliminowania zachowań o korupcyjnym charakterze, czy też innych nieakceptowalnych w demokratycznym państwie praktyk<sup>7</sup>. W konsekwencji tak postępowania podlegające pod przepisy PZP, jak i pozostające poza tym reżimem, objęte są regulacją kodeksową, która w jednym ze swoich przepisów (art. 70<sup>4</sup> KC), dość ogólnie, wprowadza instytucję wadium.

## I. ISTOTA WADIUM

Wadium zgodnie z KC stanowi określoną kwotę pieniężną (ewentualnie stanowi instrument mający zapewnić organizatorowi przetargu możliwość uzyskania takiej kwoty). Tym samym wadium może być wniesione m.in. w formie gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych. Zresztą możliwość wniesienia wadium w tych formach została wyraźnie przewidziana w zamkniętym katalogu ujętym w art. 97 ust. 7 PZP, przy czym w praktyce są one znacznie częściej spotykane niż wadium w pieniądzu, którego istota sprowadza się do „zamrożenia” na rachunku organizatora odpowiedniej

4 Chociaż nie ma obowiązku wymagania przez zamawiających wadium, także w postępowaniach przewyższających tzw. progi unijne. Por. art. 97 ust. 1 PZP.

5 Ponadto rozważania będą w dużej mierze oparte na porównaniu regulacji PZP z regulacją ogólną, ujętą w ustawie z 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610), dalej: KC.

6 Zwolennikami koncepcji o cywilnoprawnym charakterze postępowania są m.in. S. Babiarsz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 128; M. Płużański, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 82; R. Szostak, *Polski model rozpoznawania sporów przedumownych z zakresu zamówień publicznych – z perspektywy jego rozwoju (w:) Pięćdziesiąt lat funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2012, s. 5 i nast. Analogicznie wypowiedział się Sąd Najwyższy (wyrok z 27.02.2009 r., sygn. V CSK 337/08) czy Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z 6.06.2012 r., sygn. KIO 1041/12). Zwolennikiem administracyjnego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia są m.in. H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji (w:) XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, Toruń–Warszawa 2009, s. 91, czy też J. Niczyporuk, *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych (w:) Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykrzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk–Warszawa 2012, s. 33 i nast. Por. także uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 13.09.2001 r. (IV CKN 381/00).

7 Por. H. Nowicki (w:) *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 22 i nast., czy R. Szostak, *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, „Prawo zamówień publicznych. Kwartalnik” 2013/4, s. 4.

kwoty przez czas trwania postępowania<sup>8</sup>. Celem wadium jest przy tym zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania przetargowego o udzielenie zamówienia<sup>9</sup> (przez ułatwienie możliwości realizowania roszczeń zamawiającego względem wykonawców, którzy swoim zachowaniem, w tym w sposób niezgodny z ustawą, próbują wpłynąć na jego przebieg, w szczególności w odniesieniu do wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa), realizuje jednocześnie funkcję wstępnej selekcji uczestników<sup>10</sup> tego postępowania, tj. eliminuje z niego tych, którzy nie posiadają odpowiednich środków, czy też zdolności finansowych, w celu zapewnienia zamawiającemu kwoty wadium. Wprowadzenie tego wymogu uniemożliwia zatem uzyskanie zamówienia podmiotowi, którego sytuacja finansowa jest tak niekorzystna, że nie jest on nawet w stanie zapewnić organizatorowi kwoty wadium<sup>11</sup>, co stawia poważny znak zapytania nad możliwością wykonania przez taki podmiot zamówienia po jego ewentualnym uzyskaniu. Ponadto wskazuje się, że wadium pełni także funkcję gwarantującą zawarcie umowy<sup>12</sup>, co zresztą w regulacji kodeksowej jest *explicite* wskazane (art. 70<sup>4</sup> § 2 KC), stanowiąc przy tym, że powodem „zatrzymania” wadium jest przypadek uchylania się od zawarcia umowy przez podmiot, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, podczas gdy przepisy PZP wprowadzają w tym zakresie o wiele szerszy katalog podstaw zatrzymania wadium, korelujący z dużo bardziej rozbudowaną procedurą przetargową<sup>13</sup>.

Za w pewien sposób dyskusyjne może być uznane przyjęte w KC rozwiązanie, zgodnie z którym wadium jest wnoszone pod rygorem niedopuszczenia do postępowania przetargowego. Z jednej strony nie można tej regulacji odmówić racjonalności – dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu bez złożonego wadium może powodować utrudnione dochodzenie roszczeń przez organizatora. Z drugiej jednak

8 Przy czym w przypadku wadium wnoszonego przelewem konieczne jest uznanie rachunku bankowego organizatora kwotą wadium najpóźniej w momencie upływu terminu na składanie ofert.

9 M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, komentarz do art. 97, nb. 1 (Autorka wskazała m.in., że instytucja wadium „w pewnym stopniu ma również zapobiegać niedozwolonym próbom wpływu na wynik postępowania przez zaniechanie przedstawienia dokumentów wymaganych po złożeniu oferty od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona”). Analogicznie na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych – T. Kwieciński (w): *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, Warszawa 2007, s. 198.

10 Z. Radwański, P. Machnikowski, *Zawarcie umowy (w:) System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, Warszawa 2019, s. 475. Analogicznie M. Sieradzka, *Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2015, Legalis: „Wadium poprzez stworzenie bariery finansowej dla wykonawców ogranicza dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przez co następuje eliminacja wykonawców, którzy nie są zdolni do wykonania zamówienia publicznego”. Więcej w tym zakresie Z. Radwański, *Aukcja i przetarg po nowelizacji kodeksu cywilnego*, „Monitor Prawniczy” 2004/8, s. 359, czy też K. Prowadzisz, *Wadium przetargowe na tle nowych przepisów*, „Prawo zamówień publicznych. Kwartalnik” 2020/2, s. 88 i nast.

11 Czy też z uwagi na brak odpowiednich zdolności finansowych nie jest w stanie uzyskać instrumentu w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej gwarantujących organizatorowi przetargu możliwość uzyskania środków z takiej gwarancji.

12 M. Sieradzka, *Instytucja wadium...*

13 Zdaniem autora nie ma przy tym przeszkód, aby organizator przetargu organizowanego poza reżimem PZP wprowadził do specyfikacji inne przypadki zatrzymania wadium, poza wyrażonym w KC. W takiej sytuacji podstawą do zatrzymania wadium będzie umowa zawarta w tym zakresie pomiędzy organizatorem a uczestnikami (tzw. porozumienie przetargowe, o którym mowa dalej).

strony nie sposób nie zauważyć, że to w toku postępowania powinna nastąpić ocena, czy wadium spełnia wymogi stawiane w tym zakresie przez zamawiającego, czy też nie<sup>14</sup>, w celu zapewnienia uczestnikowi postępowania instrumentów przewidzianych warunkami zamówienia dla ochrony jego praw. Tym samym szczególną uwagę należy zwrócić na rozwiązanie przewidziane w reżimie PZP, zgodnie z którym wykonawca taki staje się uczestnikiem postępowania, natomiast niezapewnienie wadium powoduje konieczność odrzucenia oferty bez możliwości „wprostowania” takiej nieprawidłowości<sup>15</sup>.

Wadium jest przy tym niekiedy przyrównywane do instytucji zadatku<sup>16</sup>. Zgodnie bowiem z treścią art. 70<sup>4</sup> § 2 KC organizator aukcji albo przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia. Nie ma natomiast zgodności w odniesieniu do tego, czy możliwe jest alternatywnie żądanie przez zamawiającego zawarcia umowy oparte na art. 64 KC. Więcej argumentów przemawia za przyjęciem tego rozwiązania<sup>17</sup>. W konsekwencji zamawiający winien mieć wybór, czy żądać zawarcia umowy, czy dochodzić zryczałtowanego odszkodowania. Jeżeli to natomiast organizator uchyla się od zawarcia umowy, wykonawca, którego oferta została wybrana, ma możliwość żądania zapłaty podwójnego wadium lub wyrównania poniesionej szkody, jak się wydaje, na zasadach ogólnych, ewentualnie nie można mu analogicznie odmówić prawa żądania zawarcia umowy.

14 Problem ten zdaje się do zasady nie dotyczyć wadium wnoszonego w pieniądzu.

15 Tym samym też należałoby raczej wskazywać, że oferta składana przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi akceptację oferty organizatora przetargu w zakresie zawarcia porozumienia przetargowego – porozumienia o charakterze formalnym, regulującego sytuację prawną stron na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym ich prawa i obowiązki, a nie że wadium stanowi „element oferty zawarcia umowy (porozumienia) postępowania ofertowego albo aukcyjnego, które w postaci adhezyjnej zawierają osoby przystępujące do tych postępowań” (tak Z. Radwański, P. Machnikowski, *Zawarcie umowy...*, s. 474). Wszak w przypadku przyjęcia zaprezentowanej wyżej koncepcji po złożeniu oferty przez wykonawcę, która to jednocześnie stanowiłaby ofertę zawarcia porozumienia przetargowego, zamawiający winien jeszcze ją zaakceptować, aby doszło do zawarcia przedmiotowego porozumienia. Stąd racjonalniejsze wydaje się uznanie, że to organizator przetargu składa ofertę zawarcia porozumienia przetargowego, gdy ogłasza on postępowanie i udostępnia jego warunki, a wykonawca tę ofertę akceptuje, składając ofertę „merytoryczną”. Porównaj w tym zakresie: G. Ćmikiewicz, *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy cz. II*, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 1983/7, s. 31; M. Jasiakiewicz, *Ofertowy system zawierania umów w polskim prawie cywilnym*, Toruń 1993, s. 85; M. Jasiakiewicz, K. Oplustil, *System prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, red. S. Włodyka, Warszawa 2006, s. 207; Z. Radwański, P. Machnikowski, *Zawarcie umowy...*, s. 468, R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienia publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 39; uchwały SN z 2.08.1994 r. (III CZP 96/94) i z 25.04.1996 r. (III CZP 36/96), OSNC 1996/9, poz. 115, jak i postanowienie SN z 15.06.2007 r. (II CZ 37/07) („Stosunki cywilnoprawne pomiędzy uczestnikami przetargu nawiązują się już z chwilą złożenia ofert. Czynność ta stanowi jednocześnie przyjęcie oferty zawarcia tzw. «umowy przetargowej», określającej reguły dojścia do umowy ostatecznej”). Por. również A.A. Machnicka, *Przedkontraktowe porozumienia – umowa o negocjacje i list intencyjny*, Warszawa 2007.

16 P. Machnikowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2023, komentarz do art. 70<sup>4</sup>, nb. 7.

17 Por. w tym zakresie R. Szostak, *Przetarg nieograniczony...*, s. 107; P. Machnikowski (w:) *Kodeks cywilny...*, komentarz do art. 70<sup>4</sup>, nb. 9, czy K. Prowadzisz, *Wadium przetargowe...*, s. 90 i następane.

## II. ISTOTA GWARANCJI BANKOWEJ I UBEZPIECZENIOWEJ

Gwarancja bankowa stanowi jednostronnie zobowiązującą umowę nazwaną<sup>18</sup>, na mocy której gwarant (bank) zobowiązuje się na zlecenie podmiotu trzeciego (uczestnika postępowania) zapłacić określoną kwotę na rzecz beneficjenta<sup>19</sup>. Dokument gwarancji bankowej nie stanowi przy tym części oferty wykonawcy, lecz służy jako szczególne, wymagane ustawą zabezpieczenie<sup>20</sup>. Z uwagi na niewskazanie elementów wadium wnoszonego w takiej formie w przepisach<sup>21</sup>, w orzecznictwie KIO wskazuje się, że „W przypadku wadium wnoszonego w postaci gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej, aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium przewidzianego w ustawie z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych. Dokument gwarancyjny nie powinien zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialność gwaranta. Jeżeli więc z treści gwarancji wynika na przykład, że wymagana kwota zostanie wypłacona pod jakimikolwiek warunkami bądź też gwarancja dopuszcza możliwość skrócenia odpowiedzialności gwaranta przed upływem terminu, w jakim obowiązuje itp., przyjęć należy, że tak wniesione wadium nie spełnia swej roli, jaką jest ochrona zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą<sup>22</sup>. Powyższe rozważania można zastosować także w odniesieniu do nienazwanej umowy gwarancji ubezpieczeniowej<sup>23</sup>.

## III. TERMIN WAŻNOŚCI GWARANCJI A PRAWIDŁOWOŚĆ WNIESIENIA WADIUM

Po przedstawieniu zagadnień wprowadzających należy przejść do sygnalizowanego na początku niniejszego opracowania problemu, a to rozważania prawidłowości gwarancji wadialnych, w przypadku których termin ważności gwarancji jest równy terminowi związania ofertą. Przy analizie przedmiotowego zagadnienia w pierwszej

18 Uregulowaną w art. 81 ustawy z 29.08.1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2023 r. poz. 2488).

19 Przy czym w doktrynie pojawiają się także głosy negujące umowny charakter gwarancji bankowej – por. w tym zakresie literaturę wskazaną w A. Koch, *Umowa gwarancji bankowej (w:) System Prawa Prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2011, s. 610 i następane.

20 Porównaj wyrok KIO z 30.08.2010 r., sygn. KIO 1759/10, czy wyrok KIO z 19.02.2012 r., sygn. łączona KIO 63/12, KIO 66/12.

21 Sytuacja ta nie zmienia się wraz z nowymi wersjami ustawy. Porównaj chociażby wyrok KIO z 1.10.2013 r., sygn. łączona KIO 2227/13; KIO 2229/13: „Ustawa z 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie reguluje *expressis verbis*, jakie dokładnie postanowienia powinny się znaleźć w treści gwarancji bankowej, ubezpieczeniowej czy poręczenia, jednak w sposób oczywisty wynika to z całości kształtu okoliczności faktycznych i prawnych związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i celu gwarancji”.

22 tak KIO, powielając wielokrotnie wcześniej przedstawiane stanowisko, w wyroku z 2.05.2022 r., sygn. KIO 949/22

23 Porównaj M. Sieradzka, *Instytucja wadium...*

kolejności należy wskazać, że KC nie wprowadza w żaden sposób terminu końcowego ważności gwarancji wadialnych. Natomiast z treści generalnego art. 70<sup>4</sup> § 1 KC („Jeżeli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia umowy, której ważność zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, organizator aukcji albo przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia”) można wyprowadzić wniosek, że wadium winno być utrzymywane aż do momentu zawarcia umowy. W konsekwencji możliwość realizacji gwarancji wadialnej winna być zapewniona aż do dnia zawarcia umowy, przy czym po dacie wyboru konieczność zapewnienia tej możliwości winna być utrzymywana jedynie przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W momencie zawarcia umowy wadium zgodnie z regulacją kodeksową przestaje mieć rację bytu. W o wiele bardziej skomplikowany sposób sytuacja przedstawia się w reżimie zamówień publicznych. Po pierwsze, katalog przypadków zatrzymania wadium jest o wiele szerszy niż w przypadku KC. W szczególności przypadki te są związane z określonym zachowaniem wykonawcy w toku postępowania, w tym nieprzedstawianiem na żądanie zamawiającego określonych dokumentów. Po drugie, co ważniejsze, ustawa jednoznacznie (art. 97 ust. 5 PZP) przesądza, że wadium winno być nieprzerwanie utrzymywane do dnia upływu terminu związania ofertą<sup>24</sup>. W konsekwencji szczególnie na gruncie zamówień publicznych powstaje pytanie, czy przedstawione przez wykonawcę zabezpieczenie wadialne w formie gwarancji bankowej, czy też ubezpieczeniowej, może skończyć się z chwilą upływu związania ofertą, czy też powinno się zapewnić zamawiającemu możliwość wystosowania żądania także po tej dacie. Zagadnienie to, wydaje się, że odżyło po tym, gdy w gwarancjach zaczęły pojawiać się możliwości wniesienia żądania zapłaty w formie, czy też postaci elektronicznej (za pośrednictwem e-maila). Nie jest to oczywiście rozwiązanie bardzo nowoczesne, ale w tych przypadkach, gdy wymóg taki nie był zastrzegany w specyfikacjach, gwarant (bank czy towarzystwo ubezpieczeń) niekoniecznie był skłonny z własnej woli wprowadzać takie udogodnienia dla beneficjentów. Nie można wszak zapominać, że jego klientem, który występuje o gwarancję wadialną i ją opłaca, jest wykonawca, który musi przedstawić zamawiającemu zgodną z ustawą i specyfikacją warunków zamówienia (SWZ) gwarancję wadialną, a jemu też niekoniecznie będzie zależało na tym, aby zamawiający miał jak najprostszą możliwość wypłaty wadium. Wszak w sytuacji wypłaty przez gwaranta sumy gwarancyjnej zwróci się on o jej zwrot do podmiotu, który wystąpił do niego o ustanowienie takiego instrumentu, a którego działanie lub zaniechanie spowodowało wystąpienie przez zamawiającego z żądaniem zapłaty wadium do gwaranta (tj. do wykonawcy). W konsekwencji zatem gwarancje wadialne, w ramach których gwarant zapewnia beneficjentowi (zamawiającemu) możliwość uzyskania kwoty wadium po otrzymaniu żądania beneficjenta w formie lub

24 A jak wiadomo, termin oznaczony w dniach kończy się, zgodnie z art. 111 § 1 KC, z upływem ostatniego dnia.

postaci elektronicznej, zaczęły pojawiać się w obrocie w szerszym zakresie stosunkowo niedawno, wraz z coraz częstszym pojawianiem się takich wymogów w specyfikacjach warunków zamówienia. Przechodząc dalej w zakresie omawiania interesującej nas problematyki, można wyobrazić sobie sytuację w postępowaniu przetargowym, w ramach którego wykonawcy konkurują między sobą o otrzymanie zamówienia, a w którym to postępowaniu wykonawcy zapewnił gwarancje wadialne, przy czym w części z nich możliwość żądania wypłaty przez beneficjenta została „ograniczona” do tradycyjnej formy pisemnej, a w przypadku niektórych dodano także możliwość skierowania żądania w formie/postaci elektronicznej. Sytuacja taka, co nie może nikogo dziwić, będzie od razu wykorzystywana przez wykonawcę, który zapewnił gwarancję dającą możliwość skierowania żądania zapłaty w formie/postaci elektronicznej, do podnoszenia twierdzeń, iż gwarancja jego konkurenta jest niezgodna z ustawą, gdyż nie zapewnia ona odpowiedniego zabezpieczenia interesów zamawiającego. A taka gwarancja musi być uznana za niewniesioną<sup>25</sup>. W szczególności w tym zakresie podmiot podnoszący takie twierdzenia może wskazywać argumenty związane z treścią art. 61 § 1 i 2 KC, różnicując daty otrzymania żądania zapłaty w formie tradycyjnej i elektronicznej, wskazując, że w przypadku gwarancji, która przewiduje możliwość wniesienia gwarancji w formie lub postaci elektronicznej (za pośrednictwem poczty e-mail), zamawiający może skierować skuteczne żądanie nawet w ostatniej minucie okresu ważności gwarancji, co jest niemożliwe w przypadku gwarancji wnoszonych w innej formie (z jednej strony konieczny jest bowiem czas na doręczenie żądania do adresata, a ponadto adresat powinien być w stanie to odebrać, przy czym zasadą jest to, że banki, czy też towarzystwa ubezpieczeń, nie mają swoich placówek dla obsługi klientów otwartych przez cały dzień). Podnoszone były też twierdzenia, że wadium w formie gwarancji bankowej czy też ubezpieczeniowej powinno dawać takie same możliwości dla zamawiającego, jak wadium w formie pieniężnej<sup>26</sup>. Zestawiając powyższe z funkcją wadium, nie sposób nie wyrazić zdumienia uznaniem takich twierdzeń przez składy orzekające za zasadne, co też, jak już było to wspomniane, rodzi konieczność odrzucenia oferty z tego powodu, że ta nie została w prawidłowy sposób zabezpieczona.

I tak przykładowo SO w Częstochowie<sup>27</sup> wyraził pogląd, że gwarancja wadialna będzie uznana za wniesioną prawidłowo, jedynie jeżeli jej treść zapewni zamawiającemu możliwość zrealizowania gwarancji (wypłaty środków z niej wynikających) w odniesieniu do każdego przypadku zatrzymania wadium, które może też zdarzyć

25 Porównaj wyrok SN z 24.03.2011 r. (I CSK 448/10).

26 Tak chociażby KIO w wyroku z 17.06.2008 r. (KIO 537/08) („Wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione”).

27 Wyrok z 5.02.2021 r. (V Ga 328/20), przy czym wyrok ten zapadł na gruncie starej ustawy PZP (z 2004 r.) – myśl z niego wynikająca była jednakże powtarzana w kolejnych rozstrzygnięciach zapadłych już na gruncie obecnie obowiązującej ustawy.

się (jak wynika z uzasadnienia SO w przedmiotowej sprawie) nawet i w ostatniej chwili terminu związania ofertą. Ergo gwarancje, które nie zapewniają beneficjentowi możliwości złożenia żądania po takim terminie, muszą być uznane za nieważne. Sąd ten uznał zatem, że gwarancje przewidujące formę pisemną żądania wypłaty powinny zapewniać kilka dni więcej na możliwość wniesienia żądania zapłaty po dacie związania ofertą, wskazując, że taki dodatkowy czas powinien być dany także w przypadku gwarancji przewidujących żądania, które mogą być kierowane w formie/postaci elektronicznej, przy czym termin ten nie musi być wówczas aż tak długi. W innych rozstrzygnięciach podzielających ten sam sposób myślenia nie wypowiedano się już jednoznacznie odnośnie do konieczności dodawania dalszej liczby dni w odniesieniu do gwarancji przewidujących możliwość wniesienia żądania w formie/postaci elektronicznej, ale w każdym przypadku powtarzano, że konieczne jest zapewnienie zamawiającemu możliwości skierowania żądania także w odniesieniu do sytuacji, które mogą zaistnieć nawet i w ostatniej chwili terminu związania ofertą, co też powoduje, że zasadniczo gwarancje wadium przewidujące termin ważności gwarancji (przez co rozumiemy czas na skierowanie żądania do gwaranta w taki sposób, aby gwarant takie żądanie otrzymał) równy terminowi związania ofertą i przewidujące jedynie możliwość wniesienia żądania w formie pisemnej musiały zostać uznane za nieprawidłowe. I tak podobne myśli przedstawiono chociażby w wyroku KIO z 2.06.2022 r., sygn. KIO 1292/22, gdzie wprost zastrzeżono, że „należy odróżnić termin ważności wadium od terminu zgłaszania gwarantowi roszczeń z tytułu wadium” (wskazując, że zamawiający winien mieć jeszcze dodatkowy czas na możliwość wniesienia żądania)<sup>28</sup>. Zdaniem autora rozważania te są w pełni poprawne, gdy weźmiemy pod uwagę cel wadium w postępowaniu. Jednakże z uwagi na dosłowne brzmienie art. 97 ust. 5 PZP w końcu za obecnie przeważającą została uznana druga linia orzecznicza, której główny argument został przedstawiony m.in. w wyroku KIO z 20.01.2022 r., sygn. KIO 3748/21, KIO 3758/21, a gdzie wskazano, że „z art. 97 ust. 5 PZP jednoznacznie wynika, że graniczną datą, jaką ustawodawca określił jako końcowy termin ważności wniesionego wadium, jest termin związania ofertą. Z żadnego innego przepisu PZP nie wynika, aby termin ważności wadium, między innymi w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej, dla zapewnienia możliwości realizacji uprawnień zamawiającego miały być wydłużony o dodatkową, bliżej nieoznaczoną liczbę dni”. I tak w szczególności linia ta została potwierdzona w wyrokach SO w Warszawie z 22.04.2022 r. (sygn. XXIII Zs 13/22), gdzie SO poszedł jeszcze dalej, wskazując, że art. 97 ust. 5 PZP ma charakter bezwzględnie obowiązujący (a więc że zamawiający nie ma prawa żądać gwarancji, która przewidywałaby możliwość wniesienia żądania zapłaty do gwaranta

28 Analogiczna myśl została zawarta m.in. w wyroku KIO z 9.07.2020 r. (KIO 952/20).



po terminie ważności gwarancji)<sup>29</sup>. Bardziej wyważone stanowisko zajął w wyroku z 1.08.2022 r., sygn. XXIII Zs 81/22, gdzie z jednej strony zaznaczył, iż „Celem wadium jest zabezpieczenie wykonania umowy, dla której przetarg zorganizowano. Funkcje i cel wadium wskazują, że stanowi ono warunek niezbędny do skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego oraz to, że powinno zabezpieczać zamawiającego przed jakimkolwiek zdarzeniem, które może nastąpić od pierwszej minuty po złożeniu oferty do ostatniej minuty okresu związania ofertą”, z drugiej strony uznał jednakże – mając na uwadze sankcyjny charakter art. 97 ust. 5 PZP w związku z art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP, jak i orzecznictwo TSUE w tym zakresie<sup>30</sup>, oraz fakt, iż „brak jest jakiegokolwiek podstawy prawnej nakazującej Wykonawcy utrzymania wadium w okresie przypadającym po terminie związania ofertą” – że nie można od wykonawców wymagać, aby ci zapewniali zamawiającemu możliwość wniesienia żądania zapłaty z gwarancji po dacie upływu terminu związania ofertą. W analogiczny sposób wypowiedział się też Prezes UZP, który to wystosował opinię w temacie „Gwarancja wadialna w kontekście terminu związania ofertą i żądania zapłaty w terminie jej obowiązywania”<sup>31</sup>, wskazując tak na sankcyjny charakter przedmiotowych przepisów, jak i dosłowne brzmienie obowiązujących przepisów. W konsekwencji skwitował on, iż „uzasadnione jest przyjęcie, że gwarancja wadialna, przewidująca obowiązek zgłoszenia przez zamawiającego żądania zapłaty wyłącznie w terminie ważności wadium równemu terminowi związania ofertą jest prawidłowa, a w konsekwencji brak jest uzasadnienia dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP”.

29 „Przepis ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych ma charakter *iuris cogentis*, a więc nie można zgodzić się z argumentacją, iż ustawodawca pozostawił swobodę w kreowaniu zasad wnoszenia wadium. Za takim stanowiskiem przemawia także wykładnia funkcjonalna art. 97 ust. 5 ustawy. Nie ulega wątpliwości, że z założenia ustawodawca dążył do sytuacji, w której to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma być transparentne i równe dla wszystkich ubiegających o jego udzielenie. Stąd też uznanie, że pozostawienie zamawiającym pewnej swobody do kreowania zasad dt. momentu wnoszenia wadium, mogłoby rodzić m.in. hipotetyczną sytuację, w której to jeden z ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego miałby bardziej uprzywilejowaną sytuację od konkurentów startujących w tym samym postępowaniu. Sytuacja taka byłaby niedopuszczalna i stojąca w sprzeczności z *ratio legis* Prawa zamówień publicznych. Przepis art. 97 ust. 5 ustawy określa cezurę czasową dla utrzymania wadium, co w praktyce oznacza, że gwarancja wadialna powinna zachowywać ważność do końca terminu związania ofertą, zamawiający zaś wywołał skutek prawnie zakazany w postaci konieczności zabezpieczenia oferty wadium ponad ten termin. Zatem konsekwencje prawne wynikające z omawianej treści SWZ powodują, że należałoby ją uznać za wypełniającą hipotezę art. 58 KC, ponieważ wywołuje skutek sprzeczny z art. 97 ust. 5 ustawy (wymusza zabezpieczenia wadium ponad termin związania ofertą) i takiemu zachowaniu nie można udzielić ochrony prawnej”.

30 Z uzasadnienia wyroku SO: „Warunki, których niespełnienie ma skutkować np. odrzuceniem oferty, powinny wynikać jasno z przepisów prawa lub treści specyfikacji warunków zamówienia SWZ, nie mogą być natomiast wypadkową wykładni tych przepisów dokonywanej przez sądy. Zgodnie zaś z postanowieniami dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych zamawiający powinien zapewnić równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działac w sposób przejrzysty i proporcjonalny – postanowienie TSUE z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/15”.

31 Zob. <https://www.gov.pl/web/uzp/opinia-prezesa-uzp-dotyczaca-gwarancji-wadialnej>

#### IV. PODSUMOWANIE

Nie sposób uznać, że *de lege lata* ostatnie z przywołanych rozstrzygnięć zostały wydane w sprzeczności z przepisami ustawy. W szczególności przekonujące zdają się być argumenty odnośnie do konieczności stosowania zawężającej wykładni przepisów natury sankcyjnej, a z takimi mamy do czynienia w związku z zarzutem wniesienia nieprawidłowego wadium (art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP w zw. z art. 97 ust. 5 PZP). Można też zauważyć, że to zamawiający jest organizatorem postępowania i może tak je prowadzić, aby nie powstało ryzyko związane z niemożliwością wniesienia żądania zapłaty w terminie wynikającym z treści gwarancji. Może w szczególności tak je prowadzić, aby terminy na np. dostarczenie określonych dokumentów, o których mowa w art. 98 ust. 6 pkt 1 PZP – w tym podmiotowych środków dowodowych – były ustalone na „bezpieczny”, z punktu widzenia możliwości wniesienia żądania wypłaty z gwarancji wadialnej, dzień. *De lege ferenda* należy jednak zauważyć, że takie rozwiązanie, jakie zostało przyjęte w ustawie, uderza w sens wadium, bo w istocie pozwala na dostarczenie zamawiającemu wadium, które nie zabezpiecza złożonej oferty w taki sposób jak wadium złożone w formie pieniężnej (wszak w przypadku wadium w formie pieniężnej zwrot z rachunku zamawiającego na rachunek wykonawcy ma nastąpić po terminie związania ofertą, a więc w istocie zamawiający ma możliwość złożenia chociażby oświadczenia o potrąceniu po upływie terminu związania ofertą i w konsekwencji nieprzelania środków wykonawcy). Racjonalna i uzasadniona byłaby zatem zmiana ustawy w tym zakresie, wskazująca np. ilość dni, o którą gwarancja wadialna winna być dłuższa niż termin związania ofertą, przy czym termin ten nie powinien być za długi (wydaje się, że termin trzydniowy byłby w tym zakresie w zupełności wystarczający).

#### ***adw. dr Michał Łuc***

*Doktor, adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego, Gospodarczego i Prywatnego Międzynarodowego Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, adwokat (Izba Adwokacka w Krakowie).*

*Doctor of laws, assistant professor at the Department of Civil, Economic and Private International Law of the Cracow University of Economics, advocate (District Bar Association in Kraków).*

ORCID: 0009-0003-8241-4070

## ABSTRACT

**Keywords:** *bid bond, bid rejection, public procurement, demand for payment under bid bond, bid bond expiry date*

## About the problems of bid bonds

The article discussed the question of the correctness of providing a bid bond in the form of a bank (insurance) guarantee in terms of reserving a deadline for payment demands - how this deadline should be set so that the bidder does not suffer negative consequences. An analysis is made of the line of jurisprudence that is becoming established in public procurement cases, according to which the law allows (or even mandates) the provision of a bond whose expiration date falls on the deadline for the submission of bids. According to the author, this solution is correct as the law stands, yet, considering what the law should be, it is inconsistent with the essence of the bid bond.

## Bibliografia:

1. **Babiarz Stefan**, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011
2. **Ćmikiwicz Grzegorz**, *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy cz. II*, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 1983/7
3. **Jasiakiewicz Marek**, *Ofertowy system zawierania umów w polskim prawie cywilnym*, Toruń 1993
4. **Jasiakiewicz Marek, Oplustil Krzysztof**, *System prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, red. S. Włodyka, Warszawa 2006
5. **Koch Andrzej**, *Umowa gwarancji bankowej (w:) System Prawa Prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2011
6. **Kwieciński Tomasz (w:)** *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, Warszawa 2007
7. **Machnicka Agnieszka**, *Przedkontraktowe porozumienia – umowa o negocjacje i list intencyjny*, Warszawa 2007
8. **Machnikowski Piotr (w:)** *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2023
9. **Niczyporuk Janusz**, *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych (w:) Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk–Warszawa 2012

10. **Nowicki Henryk**, *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji* (w:) *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, Toruń–Warszawa 2009, s. 91
11. **Nowicki Henryk** (w:) *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013
12. **Płużański Marcin**, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2005
13. **Prowadzisz Katarzyna**, *Wadium przetargowe na tle nowych przepisów*, „Prawo zamówień publicznych. Kwartalnik” 2020/2
14. **Radwański Zbigniew**, *Aukcja i przetarg po nowelizacji kodeksu cywilnego*, „Monitor Prawniczy” 2004/8
15. **Radwański Zbigniew, Machnikowski Piotr**, *Zawarcie umowy* (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, Warszawa 2019
16. **Sieradzka Małgorzata**, *Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2015
17. **Stachowiak Małgorzata**, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021
18. **Szostak Ryszard**, *Polski model rozpoznawania sporów przedumownych z zakresu zamówień publicznych – z perspektywy jego rozwoju* (w:) *Pięćciolecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2012, s. 5 i nast.
19. **Szostak Ryszard**, *Przetarg nieograniczony na zamówienia publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005
20. **Szostak Ryszard**, *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, „Prawo zamówień publicznych. Kwartalnik” 2013/4