

Zasady wnoszenia niepieniężnych, gwarancyjnych form wadium oraz wadium w postaci poręczeń 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 przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r.

1. Wprowadzenie.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej „ustawą Pzp” reguluje instytucję wadium jako fakultatywny bądź obligatoryjny element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy ustawy Pzp określają w szczególności formy w jakich wadium może być wnoszone, termin jego wniesienia, czy też jego maksymalną wysokość. Regulacje ustawy Pzp wskazują ponadto okoliczności skutkujące uprawnieniem do zatrzymania przez instytucję zamawiającą ustalonej kwoty wadium albo jej zwrotu oraz konsekwencje jego niewniesienia przez wykonawców w przewidzianym ustawą terminie. Ustawa Pzp nie definiuje natomiast samego pojęcia wadium. Mając na uwadze treść art. 14 ustawy Pzp należy w tym zakresie odwołać się do dyspozycji art. 70⁴ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 i 1104), zwanej dalej: „KC”.

W świetle art. 70⁴ § 1 i 2 KC w warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). 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. W pozostałych wypadkach zapłacone wadium należy niezwłocznie zwrócić, a ustanowione zabezpieczenie wygasa. Jeżeli organizator aukcji albo przetargu uchyla się od zawarcia umowy, ich uczestnik, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody. Przyjęta w art. 70⁴ KC konstrukcja instytucji wadium czyni je integralnym składnikiem stosunku przetargowego oraz aukcji, a w warunkach zamówień publicznych również postępowań o ich udzielenie, akceptowalnych przez przystępujących do tych postępowań.¹ Uwzględniając powyższe, jak również mając na względzie dyspozycję art. 10a ust. 1 ustawy

¹ Kodeks cywilny Komentarz Tom I red. K. Pietrzykowski wyd. 9, Warszawa 2018

Pzp należy stwierdzić, iż czynność wniesienia zabezpieczenia wadialnego również poddana jest rygorom elektronicznej komunikacji.

W piśmiennictwie wskazuje się dwie podstawowe funkcje wadium, które stanowi z jednej strony wymóg niezbędny do skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, a z drugiej natomiast zabezpieczenie zawarcia umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego. Wadium, na gruncie zamówień publicznych, stanowi zarówno stworzoną przez zamawiającego barierę finansową, której celem jest zapewnienie udziału w postępowaniach wyłącznie wykonawców rzeczywiście zainteresowanych zawarciem umowy oraz realizacją określonego świadczenia, jak i narzędzie pozwalające zapobiegać, a w ostateczności sankcjonować niewywiązywanie się wykonawców z określonych obowiązków nałożonych na nich przez procedury udzielania zamówień publicznych (por. art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp).

Wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może być wnoszone poprzez wpłacenie, na wskazane konto zamawiającego, określonych środków pieniężnych albo poprzez ustanowienie określonego prawa na rzecz zamawiającego, przy czym mając na uwadze cel wadium tj. realne zabezpieczenie zapłaty kary za nienależyte zachowanie, prawo to powinno umożliwiać dostatecznie łatwe wyegzekwowanie ustalonej kwoty pieniężnej. Kwota pieniężna albo zabezpieczenie wniesione przez uczestników przetargu powinny pozostawać w dyspozycji organizatora przez cały okres związania ofertą danego uczestnika. W wyroku z dnia 2 czerwca 2015 r. (sygn. KIO 1050/15), Krajowa Izba Odwoławcza zdefiniowała wadium jako określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od których wniesienia zamawiający uzależnia dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Samą istotę wadium dobrze oddaje również teza zawarta w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1142/11) w której stwierdzono, iż *„Istotą instytucji wadium jest to, iż zamawiający zwolniony jest z wykazywania wysokości szkody, a to z tego względu, iż wysokość owej szkody przyjmowana jest w kwocie zryczałtowanej - równej kwocie wniesionego wadium. Wysokość owej straty zamawiającego nie podlega dalszemu dowodowi w którąkolwiek ze stron, a to z tego względu, iż jest ona ze swojej istoty przyjmowana w wysokości zryczałtowanej - tożsamej z kwotą ustalonego wadium.”* W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne i pozostawać w dyspozycji zamawiającego cały okres związania ofertą (por. wyr. KIO z 23.1.2012 r. sygn. akt KIO 52/12).

2. Formy i skuteczność wniesienia wadium

W świetle przepisów ustawy Pzp, wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić albo w postaci wpłacenia zamawiającemu określonej kwoty pieniędzy albo ustanowienia zabezpieczenia jej zapłaty w ściśle określonych formach. W myśl art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, wadium w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, obok wadium w postaci pieniężnej oraz poręczeń bankowych i poręczeń spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej może być wnoszone w szczególności w postaci gwarancji bankowych i ubezpieczeniowych, a także poprzez udzielenie poręczeń 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 2016 r. poz. 359 i 2260 oraz 2017 r. poz. 1089).

Wybór określonej formy wniesienia wadium, w świetle przepisów ustawy Pzp, stanowi samodzielną decyzję wykonawcy, opartą o analizę własnych potrzeb i możliwości. W konsekwencji, zamawiający określając wymogi co do wadium w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, nie może ograniczać wykonawcom tej swobody. Przepisy ustawy Pzp, w przypadku zastrzeżenia żądania przez zamawiającego wadium, wymagają by wadium na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było nie tylko ustanowione, ale również rzeczywiście wniesione. Powyższe powoduje, iż czynność tę można kwalifikować jak się wydaje w ramach kategorii realnych czynności prawnych, które dla swej skuteczności wymagają, by oprócz złożenia oświadczenia woli nastąpiło rzeczywiste działanie powodujące zmianę faktycznego władztwa nad rzeczą (w odniesieniu do czynności wniesienia wadium mamy do czynienia z sytuacją wpłaty na konto zamawiającego określonych środków pieniężnych lub przekazania dokumentu ustanawiającego zabezpieczenie niepieniężne).

Biorąc pod uwagę cel wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest zabezpieczenie ofert składanych przez wykonawców przyjąć należy, że prawidłowo wniesione wadium (inne niż pieniężne) to takie które daje realną gwarancję wyegzekwowania ustalonej kwoty, a zatem należycie zabezpiecza interes zamawiającego. W odniesieniu do treści gwarancji w orzecznictwie Izby oraz w doktrynie podkreśla się, że zobowiązanie gwaranta ma mieć charakter bezwarunkowy, abstrakcyjny tj. samoistny, a zapłata kwoty na którą opiewa gwarancja ma następować na pierwsze żądanie beneficjenta (zamawiającego). Należy również podkreślić, że na treść gwarancji wadialnej bezpośredni wpływ ma wykonawca, który odpłatnie zleca gwarantowi jej udzielenie na rzecz zamawiającego wobec czego w jego interesie i obowiązku leży zadbanie o to, aby była adekwatna do celu tj. dostatecznie zabezpieczała zapłatę kwoty wadium (tak. wyrok KIO z 14.11.2016 r. sygn. akt KIO 2055/16).

Ocena prawidłowości wniesienia wadium jest doniosła szczególnie ze względu na fakt, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium. Zamawiający nie ma też narzędzi, aby móc wyjaśniać wątpliwości dotyczące np. treści dokumentów gwarancji. Przekazywane przez wykonawców dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji (poręczenia) nie są dokumentami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dokumenty te 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. Dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji (poręczenia) nie stanowią też części oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy z wszelkimi doprecyzowującymi to oświadczenie dokumentami i informacjami co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia. Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji, nie można dokonać jego wpłaty po upływie wskazanego terminu składania ofert, jak również nie można uzupełnić dokumentu, potwierdzającego wniesienie wadium, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniężna (por. wyr. KIO z 19.01.2012 sygn. akt KIO 63/12, KIO 66/12, wyr. KIO z 13.10.2017 sygn. akt: KIO 2023/17).

3. Wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej

W świetle art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2017 r. poz. 1876, ze zm.), udzielanie i potwierdzanie gwarancji bankowych stanowi jedną z czynności bankowych. Sens ekonomiczny gwarancji bankowej, a także gwarancji ubezpieczeniowej sprowadza się do tego, iż bank lub ubezpieczyciel w zamian za prowizję (składkę, określoną płatność) na podstawie umowy przejmuje rolę gwaranta spełnienia określonych zobowiązań na rzecz beneficjenta gwarancji. Zgodnie z treścią art. 81 ust. 1 tej ustawy gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. W piśmiennictwie przyjmuje się, iż na stosunek gwarancji bankowej składają się dwie relacje². W ramach pierwszej z nich dochodzi do zawarcia umowy pomiędzy bankiem, a zlecającym udzielenie gwarancji, w warunkach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia,

² Prawo bankowe Komentarz, red. G. Sikorski wyd.1 Warszawa 2015

określającej wystawienie gwarancji, jej treść oraz warunki egzekwowalności. Ani przepisy ustawy Prawo bankowe ani regulacje Kodeksu cywilnego nie określają formy w jakiej powinna zostać zawarta umowa, której celem jest zlecenie udzielenia gwarancji bankowej. Przepisy te nie wskazują również choćby minimalnej treści umowy zlecającej. W konsekwencji uznać należy, iż w tym zakresie do umowy zlecenia udzielenia gwarancji bankowej zastosowanie znajduje generalna zasada swobody umów wyartykułowana w treści art. 353¹ KC.

Drugi stosunek, pomiędzy bankiem, a beneficjentem gwarancji (zamawiającym) nawiązywany jest zasadniczo w momencie, w którym bank, będący wystawcą gwarancji, składa podmiotowi wskazanemu w gwarancji pisemne oświadczenie o udzieleniu gwarancji (tzw. list gwarancyjny). Zlecającego udzielenie gwarancji i bank łączy umowa zlecenia w rozumieniu art. 734 KC. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż źródło stosunku gwarancyjnego stanowi umowa pomiędzy bankiem – gwarantem i beneficjentem – wierzycielem. W wyroku z dnia 20 września 2013 r. (sygn. II CSK 670/12), stwierdzono, iż *„w literaturze i orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje zdecydowane stanowisko, że gwarancja występująca we współczesnym obrocie prawnym, w tym także gwarancja bankowa (art. 81 prawa bankowego), jest umową, a nie czynnością prawną jednostronną (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego dnia 9 listopada 2006 r., IV CSK 208/2006, OSNC 2007, z. 7/8, poz. 122; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2008 r., IV CSK 258/08, nie publ.)”*. W tym samym orzeczeniu Sądu Najwyższego wskazano również, iż *„w obrocie bankowym wytworzyła się praktyka tzw. wystawiania dokumentu gwarancyjnego (obejmującego oświadczenie woli banku - gwaranta) i przesyłania go beneficjentowi gwarancji, wskazywanemu w tzw. zleceniu udzielenia gwarancji (kierowanego do banku w związku z treścią stosunku podstawowego). Nie wyłącza to jednak możliwości przyjęcia stanowiska, że obligacyjny stosunek gwarancyjny powstaje ostatecznie w wyniku umowy (porozumienia) zawartego między bankiem - gwarantem i beneficjentem gwarancji i to jeszcze przed datą wystąpienia z żądaniem zapłaty przez tego beneficjenta”*.

Oświadczenia banku zawierające zobowiązanie zapłaty, w świetle art. 81 ust. 2 ustawy Prawo bankowe złożone powinno zostać na piśmie pod rygorem nieważności. W świetle dyspozycji art. 78 § 1 KC do zachowania pisemnej formy udzielenia gwarancji bankowej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Wniesienie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wadium w postaci gwarancji bankowej powinno nastąpić z zachowaniem formy właściwej dla jej ustanowienia określonej w art. 81 ust. 2 ustawy Prawo Bankowe. W świetle art. 45 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego żąda lub może żądać wniesienia wadium przez wykonawców. W tym kontekście należy jednak wskazać, iż wniesienie wadium w postaci zabezpieczenia zapłaty (gwarancji lub poręczeń)

nie stanowi oświadczenia woli samego wykonawcy o jego ustanowieniu, a jest jedynie czynnością polegającą na realnym przekazaniu (złożeniu) dokumentu zawierającego takie oświadczenie banku, kierowane do instytucji zamawiającej. Tym samym, uznać należy, iż wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej powinno obejmować przekazanie dokumentu gwarancji w takiej formie w jakiej zostało ono ustanowione przez bank – gwaranta, tj. oryginału dokumentu.

4. Wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

W świetle art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (tj. Dz. U. z 2018 poz. 999), zawieranie umów gwarancji ubezpieczeniowej jest czynnością ubezpieczeniową, co oznacza że działalność podmiotu udzielającego takiej gwarancji podlega przepisom ww. ustawy. Przepisy ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej nie definiują pojęcia gwarancji ubezpieczeniowej, porzeczając w zasadzie na uwzględnieniu gwarancji w katalogu czynności ubezpieczeniowych. Uwzględniając stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. IV CSK 86/17), podejmując próbę zdefiniowania pojęcia gwarancji ubezpieczeniowej oraz kształtowania jej treści celowym jest uwzględnienie reguł dotyczących ustawowo uregulowanej gwarancji bankowej (por. też wyroki SN z dnia 10 lutego 2010 sygn. V CSK 233/09 oraz z dnia 14 kwietnia 2016 r. sygn. II CSK 388/15). W wyroku z dnia 15 lutego 2018 r. Sąd Najwyższy przyjmując za miarodajne regulacje kształtujące instytucję gwarancji bankowej, podjął się próby zdefiniowania pojęcia gwarancji ubezpieczeniowej, wskazując, iż gwarancja ta jest jednostronnym zobowiązaniem ubezpieczyciela – gwaranta, że po ziszczeniu się określonych w niej „warunków”, które mogą być stwierdzone określonymi dokumentami, jakie beneficjent gwarancji załączy do sporządzonego we właściwej formie żądania zapłaty, ubezpieczyciel ten spełni świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Na gruncie zamówień publicznych wadialna gwarancja ubezpieczeniowa zabezpiecza w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosunek prawny pomiędzy beneficjentem gwarancji, a zleceniodawcą gwarancji nawiązany poprzez złożenie oferty w postępowaniu. Zobowiązanie ubezpieczyciela, analogicznie jak zobowiązanie banku z tytułu gwarancji bankowej jest zobowiązaniem pieniężnym, polegającym na zapłacie sumy gwarancyjnej w przypadku wystąpienia gwarantowanego rezultatu. W przypadku postępowań o udzielenie zamówień publicznych rezultatem tym jest ziszczenie się, którejkolwiek z okoliczności wskazanych dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Przepisy ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, odmiennie niż czyni to ustawa Prawo bankowe nie określa formy ustanowienia gwarancji ubezpieczeniowej.

Mechanizm zawierania i działania gwarancji ubezpieczeniowej jest jednak zasadniczo analogiczny jak w przypadku gwarancji bankowej. Zakład ubezpieczeń udziela gwarancji na zlecenie dłużnika (wykonawcy). Zlecenie to inicjuje czynność złożenia oświadczenia woli ustanowienia gwarancji przez zakład ubezpieczeń jej beneficjentowi. Uwzględniając jednak realia zamówień publicznych oraz zasady prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, zasadnym jest wymaganie, aby gwarancja ubezpieczeniowa będąca wadialnym zabezpieczeniem oferty wykonawcy przybrała formę materialną (listu gwarancyjnego, polisy), w szczególności mając na uwadze jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych jaką jest zasada pisemności, a także realny charakter czynności polegającej na wniesieniu wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

5. Wniesienie wadium w formie poręczenia

Ustawa Pzp dopuszcza wniesienie wadium w formie poręczeń bankowych lub poręczeń spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej (art. 45 ust. 6 pkt 2) oraz poręczeń 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 2018 r. poz. 110 ze zm.).

Żadna z właściwych ustaw tj. Prawo Bankowe, ustawa o SKOK-ach, ustawa o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości nie reguluje instytucji poręczenia. Regulacja poręczenia bankowego w Prawie Bankowym odsyła do przepisów KC (art. 84 Prawa Bankowego), natomiast art. 6b ust. 8 ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości wskazuje, że Agencja udziela pomocy finansowej w drodze umowy, do której stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego.

Kształt poręczenia wyznaczać będą zatem art. 876 i nast. KC oraz, z uwzględnieniem przepisów bezwzględnie wiążących dotyczących poręczenia, wola stron stosunku poręczenia. Zgodnie z art. 876 § 1 KC przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał. W świetle art. 876 § 2 KC oświadczenie poręczyciela powinno być pod rygorem nieważności złożone na piśmie. Treść ww. przepisu wskazuje, że oświadczenie wierzyciela-zamawiającego może być złożona w jakiegokolwiek formie również w sposób dorozumiany.

Na marginesie, należy również zwrócić uwagę, że poręczenie wadialne udzielane na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bezwzględnie powinno wskazywać termin jego ważności. Bezterminowe poręczenie za dług przyszły w świetle art. 878 § 2 KC może być przed powstaniem długu odwołane w każdym czasie, co oznacza, że nie spełni celu wadium jakim jest zabezpieczenie oferty wykonawcy od momentu upływu terminu składania ofert do minimalnie chwili wyboru oferty najkorzystniejszej, a maksymalnie zawarcie umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego.

6. Wniesienie wadium w postępowaniu prowadzonym elektronicznie³.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych od dnia 18 października 2018 r. o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (nie dotyczy zamawiających centralnych, którzy obowiązek ten realizują od 18 kwietnia 2017 r.) komunikacja zamawiającego z wykonawcami odbywa się wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z art. 10a ust. 1 ustawy Pzp *w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.* Szczegółowe warunki w tym zakresie określają przepisy Rozporządzenia 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.

Wymóg użycia środków komunikacji elektronicznej, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 10c ust. 1 ustawy Pzp, dotyczy przekazywania wszelkiej dokumentacji w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, również przekazywania zamawiającemu dokumentu stanowiącego potwierdzenie wniesienia wadium. Katalog ewentualnych wyjątków od stosowania zasady elektronicznej komunikacji, zawartych w art. 10c ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp (a odnoszących się do modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki), również *a contrario* potwierdza, iż intencją ustawodawcy było objęcie rygiorem elektronicznej komunikacji wszelkiej dokumentacji związanej ze składaniem ofert lub wniosków. W związku z powyższym wadium, jako jeden z takich dokumentów niezbędnych do złożenia skutecznej i ważnej oferty również powinno być wniesione w postaci elektronicznej. Jednocześnie należy nadmienić, iż wytyczną dla oceny poprawności wniesienia wadium w postaci elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna być skuteczność żądania jego wypłaty w sytuacji, kiedy na skutek działań tego wykonawcy, zajdą przesłanki powodujące zatrzymanie wadium. Tym samym, mając na względzie poczynione wcześniej uwagi uznać należy, iż wniesienie dokumentu wadium w postaci elektronicznej powinno obejmować przekazanie tego dokumentu w takiej formie w jakiej został on ustanowiony przez gwaranta, tj. oryginału dokumentu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, szczególnego znaczenia nabiera obowiązek zamawiającego określony w art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zamawiający powinien w SIWZ sprecyzować w jaki sposób należy prawidłowo wnieść wadium przy użyciu środków komunikacji elektronicznej z uwzględnieniem poczynionych w niniejszej opinii uwag.

³ Nie dotyczy postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych na podstawie przepisów Działu III, Rozdział 4a ustawy Pzp, tj. Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

W tym miejscu warto przywołać stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Saferoad Grawil⁴. Trybunał podkreślił w nim, że *zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk*. Powyższe stanowisko Trybunału należy odnieść również do możliwości odrzucenia oferty wykonawcy z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium, gdyż w istocie rezultat tych czynności jest taki sam tj. eliminuje wykonawcę z postępowania. Tym samym w celu wyeliminowania wątpliwości co do możliwości odrzucenia oferty z uwagi na nieprawidłowy sposób wniesienia wadium, zamawiający w SIWZ (stanowiącej część dokumentacji przetargowej), powinien jednoznacznie określić w jaki sposób należy prawidłowo wnieść wadium przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

7. Podsumowanie

- 1) Wymóg użycia środków komunikacji elektronicznej, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 10c ust. 1 ustawy Pzp, dotyczy wszelkiej komunikacji pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również komunikacji w zakresie przekazywania zamawiającemu dokumentu stanowiącego potwierdzenie wniesienia wadium.**
- 2) Wadium w formie niepieniężnej wystawione na potrzeby postępowań wszczętych po dniu 17 października 2018 r. powinno być wniesione w oryginale w postaci elektronicznej.**
- 3) Zamawiający, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, ma obowiązek sprecyzować wymagania dotyczące sposobu wniesienia wadium przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.**

⁴ Orzeczenie TSUE z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o., Saferoad Kabex sp. z.o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu. Dotyczący interpretacji art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE