

Zaliczki

w zamówieniach publicznych



**Efektywne zamówienia publiczne
– wzmocnienie potencjału administracji**

Jarosław Jerzykowski

Zaliczki w zamówieniach publicznych

Publikacja została opracowana w ramach projektu
„Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji”.

Projekt realizowany w ramach Programu Operacyjnego
Wiedza Edukacja Rozwój, Oś priorytetowa II: Efektywne polityki publiczne
dla rynku pracy, gospodarki i edukacji, Działanie 2.18: Wysokiej jakości usługi
administracyjne, w latach 2017–2018.

Warszawa, wrzesień 2018 r.

Zaliczki w zamówieniach publicznych

Skład, łamanie i druk:

CC Professionals Group, www.ccpog.com.pl

Wydawca: Urząd Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

Opracowanie i druk współfinansowane

przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

ISBN 978-83-88686-69-6

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2018 r.

Spis treści

Wykaz skrótów	5
Istota instytucji zaliczki w świetle prawa cywilnego	7
Zaliczka a instytucje o podobnym charakterze	10
Rola zaliczki przy realizacji zobowiązania	12
Regulacja zaliczki w przepisach Pzp	13
Udzielenie zaliczki.....	16
Dopuszczalność umownego określenia celu, na jaki może zostać wydatkowana zaliczka.....	21
Obligatoryjne udzielenie zaliczek	23
Rozliczenie zaliczki.....	24
Zabezpieczenie (zwrotu) zaliczki.....	25

Wykaz skrótów

Kc – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny
(tekst jedn.: DzU z 2017 r. poz. 459 z późn. zm.);

KIO – Krajowa Izba Odwoławcza;

Kpc – ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego
(tekst jedn.: DzU z 2018 r. poz. 155 z późn. zm.);

Pzp – ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych
(tekst jedn.: DzU z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.);

Pr. Bank. – ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe
(tekst jedn.: DzU z 2017 r. poz. 1876 z późn. zm.);

Pr. Weksl. – ustawa z dnia 28 kwietnia 1936 r. Prawo wekslowe
(tekst jedn.: DzU z 2016 r. poz. 160);

SIWZ – specyfikacja istotnych warunków zamówienia;

Ufp – ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych
(tekst jedn.: DzU z 2017 r. poz. 2077z późn. zm.);

Uzr – ustawa z 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów
(DzU z 2017 r. poz. 1278).

Istota instytucji zaliczki w świetle prawa cywilnego

Pzp nie definiuje w sposób autonomiczny pojęcia zaliczki, o której stanowią jej przepisy (art. 151a Pzp). Instytucję tę należy więc rozumieć zgodnie z ugruntowaną tradycją cywilistyczną, analogicznie jak w przepisach Kc. Zarówno przepisy o zamówieniach publicznych, jak i przepisy kodeksowe, normując zaliczkę, wiążą ją ze zobowiązaniami umownymi (a dokładnie ze zobowiązaniami z umów wzajemnych), co w pełni uzasadnia analogiczne traktowanie zaliczki tak na gruncie Kc, jak i Pzp.

Zaliczka nieodłącznie związana ze zobowiązaniem umownym.

Co interesujące, również Kc nie definiuje instytucji zaliczki, pomimo że kodeks posługuje się tym pojęciem w kilku przepisach (w art. 626 § 2 Kc normując umowę kontraktacji, w art. 743 Kc przy okazji zlecenia oraz w art. 771 Kc w związku regulacją umowy komisju). W tradycyjnym cywilistycznym ujęciu zaliczka to przedpłata na poczet wynagrodzenia (ceny) uiszczana przez dłużnika (świadczenia pieniężnego) przed terminem spełnienia przez wierzyciela (świadczenia pieniężnego) jego świadczenia wzajemnego i zarazem przed terminem zapłaty wynagrodzenia (ceny). Regulacja Kc wiąże zaliczkę każdorazowo z kodeksowym modelem umowy wzajemnej, czyli taką umową zobowiązaniową, w której strony zobowiązane są w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej (art. 487 § 2 Kc). W przypadku umów wzajemnych każda ze stron takiej umowy występuje jednocześnie w dwóch rolach – jedna jest dłużnikiem w zakresie zapłaty wynagrodzenia i wierzycielem w odniesieniu do świadczenia niepieniężnego będącego przedmiotem takiej umowy, zaś druga jest wierzycielem co do zapłaty wynagrodzenia i dłużnikiem w zakresie świadczenia niepieniężnego.

Zaliczka – przedpłata na poczet wynagrodzenia (ceny) uiszczana przez dłużnika (świadczenia pieniężnego) przed terminem spełnienia przez wierzyciela (świadczenia pieniężnego) jego świadczenia wzajemnego i przed terminem zapłaty wynagrodzenia (ceny).

W tym zakresie dostrzegalne jest dostosowanie instytucji zaliczki również w stosunku do umów w sprawie zamówienia publicznego. Umowa ta odpowiada w pełni kodeksowemu modelowi umowy wzajemnej uregulowanej w art. 487 § 2 Kc. Zamawiający i wykonawca zobowiązani są w taki sposób, że świadczenie jednego z nich jest odpowiednikiem świadczenia drugiego. Świadczenia są zatem równoważnościowe i wymienne w tym znaczeniu, że celem świadczenia każdej ze stron jest uzyskanie odpowiadającego mu świadczenia kontrahenta (w myśl rzymskiej paremii prawniczej *Do ut des – Daję, abys dał*). Wzajemny (synalagmatyczny) charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z legalnej definicji zamówienia publicznego. Art. 2 pkt 13 Pzp wskazuje, iż świadczenie dostawcy lub wykonawcy polega na wykonaniu usług, robót budowlanych albo dostaw, a świadczenie zamawiającego – na ich opłaceniu. Każda ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zarazem dłużnikiem i wierzycielem. Zamawiający jest wierzycielem wykonawcy, mogąc domagać się od niego wykonania przedmiotu zamówienia (dostaw, usług lub robót budowlanych), a zarazem, jako jego dłużnik, zobowiązany jest zapłacić wynagrodzenie. Odwrotnie wykonawca: jest dłużnikiem zamawiającego jako zobowiązany do realizacji przedmiotu zamówienia, a wierzycielem – z tytułu zapłaty przysługującego mu wynagrodzenia.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową wzajemną. Zamawiający jest wierzycielem wykonawcy, domagając się wykonania przedmiotu zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane) i jego dłużnikiem jako zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia.

Płatność zaliczki jest odstępstwem od kodeksowej zasady jednoczesności spełnienia świadczenia z umowy wzajemnej. Jak stanowi art. 488 § 1 Kc świadczenia będące przedmiotem zobowiązań z umów wzajemnych (świadczenia wzajemne) powinny być spełnione jednocześnie, chyba że z umowy, z ustawy albo z orzeczenia sądu lub decyzji innego właściwego organu wynika, iż jedna ze stron obowiązana jest do wcześniejszego świadczenia. Umówiona zaliczka stanowi jeden z wyjątków opisanych w postanowieniach art. 488 § 1 Kc, stanowiąc przykład sytuacji, gdy z postanowień umownych wynika obowiązek wcześniejszego spełnienia świadczenia w stosunku do terminu spełnienia świadczenia drugiej strony umowy wzajemnej.

Zaliczka jako ustawowo uregulowany wyjątek od zasady jednoczesności spełnienia świadczeń z umowy wzajemnej.

Zaliczka ma charakter zaliczalny (a conto). Nie stanowi samodzielnego tytułu prawnego do żądania zapłaty, odrębnego od tytułu w postaci zapłaty wynagrodzenia, lecz zawsze jest uiszczana przez dłużnika na poczet zapłaty umówionego wynagrodzenia należnego wierzycielowi (świadczenia pieniężnego) na podstawie umowy wzajemnej. W związku z takim charakterem prawnym zaliczka (zaliczki), jako uiszczona jeszcze przed dniem wymagalności całości należnego wynagrodzenia, pomniejsza kwotę nominalną należnego wynagrodzenia.

Zaliczka pomniejsza kwotę nominalną należnego wynagrodzenia.

Zaliczka a instytucje o podobnym charakterze

Zaliczkę należy odróżnić od podobnych instytucji występujących w przepisach Kc, w tym w szczególności od zadatku, zapłaty wynagrodzenia w ratach lub uiszczania zapłaty w częściach oraz od pożyczki.

Zaliczkę od zadatku odróżnia jej rola. Zaliczka pełni rolę stricte kredytową, stanowiąc sposób finansowania przez jedną ze stron kosztów realizacji przedmiotu umowy. Rola zadatku jest szersza, gdyż poza funkcją kredytową (typową dla zaliczki) pełni on zarazem rolę ochronną, umacniając wykonanie zobowiązania. Jak stanowi bowiem art. 394 § 1 Kc w braku odmiennego zastrzeżenia umownego albo zwyczaju zadatek dany przy zawarciu umowy ma to znaczenie, że w razie niewykonania umowy przez jedną ze stron, druga strona może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić i otrzymany zadatek zachować, a jeżeli sama go dała, może żądać sumy dwukrotnie wyższej. Jednocześnie zadatek również jest zaliczalny, ponieważ na podstawie art. 394 § 2 Kc w razie wykonania umowy zadatek ulega zaliczeniu na poczet świadczenia strony, która go dała; jeżeli zaliczenie nie jest możliwe, zadatek ulega zwrotowi.

Zaliczka pełni rolę stricte kredytową i nie jest zadatkiem, który pełni również rolę ochronną, umacniając wykonanie zobowiązania.

Zaliczkę odróżnić należy również od zapłaty wynagrodzenia w ratach (vide: np. art. 583 § 1 Kc) czy też uiszczania częściowej zapłaty (vide: art. 654 Kc). W przypadku zaliczki jej zapłata następuje przed spełnieniem świadczenia, za które jest należna zapłata wynagrodzenia, a conto którego następuje zapłata zaliczki. W przypadku zapłaty w ratach lub zapłaty wynagrodzenia częściowego, wcześniej spełniana jest całość lub część świadczenia niepieniężnego, a dopiero po jego wykonaniu ma miejsce zapłata wynagrodzenia (rat wynagrodzenia płatnego w ratach lub danej części wynagrodzenia częściowego).

Zaliczka nie jest zapłatą wynagrodzenia w ratach ani częściową zapłatą, bowiem w odróżnieniu od wskazanych instrumentów jest płacona jeszcze przed spełnieniem nawet części świadczenia.

Z kolei zaliczkę od pożyczki odróżnia causa (przyczyna społeczno-gospodarcza) przysporzenia pieniężnego. Zaliczka nie jest samodzielnym tytułem zapłaty, lecz w każdym przypadku jest elementem umowy wzajemnej, która wyznacza tytuł do zapłaty wynagrodzenia, a conto którego udzielana jest zaliczka. Z kolei pożyczka jest samodzielnym typem umowy nazwanej uregulowanym w art. 720 i nast. Kc. Na podstawie art. 720 § 1 Kc, przez umowę pożyczki dający pożyczkę zobowiązuje się przenieść na własność biorącego określoną ilość pieniędzy albo rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, a biorący zobowiązuje się zwrócić tę samą ilość pieniędzy albo tę samą ilość rzeczy tego samego gatunku i tej samej jakości. Umowa pożyczki stanowi samodzielną klauzulę dla przeniesienia własności określonej ilości środków pieniężnych, jednocześnie wyznaczając obowiązek ich zwrotu. Pożyczka zatem, w przeciwieństwie do zaliczki, nie ma charakteru zaliczalnego.

Zaliczka nie jest pożyczką, gdyż zawsze jest elementem umowy wzajemnej, podczas gdy pożyczka jest samodzielnym typem umowy nazwanej i nie ma charakteru zaliczalnego.

Rola zaliczki przy realizacji zobowiązania

Zaliczka pełni przede wszystkim rolę kredytową. Umożliwia ona dłużnikowi uzyskanie środków, przy pomocy których sfinansuje realizację zobowiązania. Wykonanie zobowiązania zawsze, w mniejszym lub większym stopniu, rodzi konieczność poniesienia różnego rodzaju nakładów i wydatków zanim dłużnik świadczenia niepieniężnego (wierzyciel świadczenia pieniężnego) uzyska należną mu zapłatę. Uzyskanie środków na wykonanie świadczenia może nastąpić na rynku finansowym, jednak jest to każdorazowo związane z poniesieniem kosztów ich pozyskania (odsetek, prowizji). W praktyce obrotu finansowanie realizacji zobowiązań kontraktowych niemal zawsze okazuje się tańsze niż pozyskiwanie przez wykonawców środków na rynku finansowym. W konsekwencji zaliczkowanie wynagrodzenia przynosi pozytywne efekty także zamawiającym, gdyż uzyskują oferty tańsze, niewymagające uwzględnienia w ich cenie kosztów pozyskania środków pieniężnych na realizację zamówienia na rynku finansowym.

Zaliczka może być korzystna dla zamawiającego – obniża koszty oferty o wartość środków pieniężnych, które wykonawca pozyskuje na realizację zamówienia na rynku finansowym.

W przypadku zamówień publicznych nabiera to szczególnego znaczenia. Obniżenie kosztów realizacji zamówienia to z jednej strony wymierna korzyść dla zamawiających, a z drugiej – szersze otwarcie rynków zamówień publicznych dla mniejszych wykonawców, w tym w szczególności z sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP).

Zaliczka daje większe szanse na udział w zamówieniach publicznych dla wykonawców z sektora MŚP.

Regulacja zaliczki w przepisach Pzp

Przepisy Pzp poświęcają instytucji zaliczek w zasadzie jeden przepis – tj. art. 151a (modyfikowany na potrzeby zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na podstawie art. 131w Pzp). Szczupłość regulacji ustawowej nie powinna być jednak postrzegana jako wyraz przywiązywania przez ustawodawcę niewielkiej wagi do tej instytucji. W tym zakresie nie można tracić z pola widzenia faktu, iż na mocy art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych w zakresie nieuregulowanym stosuje się przepisy Kc. Zaliczki w systemie zamówień publicznych należy zatem postrzegać poprzez pryzmat regulacji kodeksowej, w tym przede wszystkim poprzez pryzmat zasady swobody umów wynikającej z art. 353(1) Kc.

Do stosowania zaliczek w zamówieniach publicznych mają zastosowanie przepisy Pzp (art. 151a i dla zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa art. 131w Pzp), a także przepisy Kc, w tym zasada swobody umów (art. 353 (1) Kc).

Zasadniczą rolą regulacji art. 151a Pzp jest potwierdzenie prawa zamawiających do udzielania zaliczek. Kluczowe znaczenie ma w tym względzie przepis art. 151a ust. 1 Pzp, który stanowi, że zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślenia wymaga, iż zakres podmiotowy tego przepisu obejmuje wszystkie kategorie zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, niezależnie od ich statusu prawnego. Zaliczek mogą zatem udzielać:

- jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych (zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp);
- inne, niż określone w art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej (zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 Pzp);
- inne, niż określone w art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa

w tym przepisie oraz w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: finansują je w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego – o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności (zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp);

- związki podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, lub podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp (zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3a Pzp);
- inne niż określone w art. 3 ust. pkt 1-3a Pzp podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132 Pzp, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a Pzp, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności: posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego (zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp);
- inne niż określone w art. 3 ust 1 pkt 1 – 4 Pzp podmioty, jeżeli zachodzą następujące okoliczności: ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a Pzp, wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, a przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi (zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp).

W stosunku do zamawiających mających status jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu Ufp (zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp) uregulowania zawarte w art. 151a Pzp zawierają dodatkowe obostrzenia

dotyczące zakazu udzielania zaliczek w przypadku umów zawartych w wyniku postępowań w niektórych trybach udzielania zamówień oraz obowiązku zabezpieczenia zwrotu zaliczki (o czym mowa w dalszej części opracowania).

Każdy zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może przewidzieć stosowanie zaliczek.

Udzielenie zaliczki

Pzp nie ustanawia szczególnych warunków udzielania zaliczek. Jedynym wymogiem udzielania zaliczek przez zamawiających jest wskazanie informacji o ich udzielaniu w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Przekazanie wykonawcom informacji o udzielaniu zaliczek jest konieczne do zachowania warunków konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia. Możliwość finansowania zamówienia zaliczkami uiszczanymi przez zamawiającego ma bowiem doniosłe znaczenie przy określeniu ceny oferty. Jak wskazano to już powyżej, w takiej sytuacji wykonawca nie jest zmuszony angażować środków własnych ani też poszukiwać finansowania zewnętrznego, które zazwyczaj niesie ze sobą dodatkowe koszty.

Jak celnie ujęła to KIO w wyroku z dnia 5 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2765/11) *Trafnie podniesiono w odwołaniu, iż zamawiający w SIWZ lub ogłoszeniu powinien podać wszystkie warunki akcesoryjnej umowy zaliczki, w tym w szczególności wysokość zaliczki (procentowo lub kwotowo). Niewątpliwie możliwość finansowania zamówienia zaliczkami udzielanymi wykonawcy przez zamawiającego ma doniosłe znaczenie przy określeniu ceny oferty. W takiej sytuacji wykonawca nie jest zmuszony angażować środków własnych ani też szukać finansowania zewnętrznego, które zazwyczaj niesie ze sobą dodatkowe koszty. Ustawa wprost nie rozstrzyga, jak szczegółowa powinna być informacja w tej sprawie. Wobec znaczenia zaliczek dla obliczenia ceny oferty, uwzględniając zasady wynikające z art. 7 ust. 1 P.z.p. przyjęć należy, że w SIWZ lub ogłoszeniu należy co najmniej podać informacje dotyczące dopuszczalnej wysokości zaliczki/zaliczek, terminu rozliczenia oraz ewentualnego zabezpieczenia ich spłaty. Izba zgadza się z oceną odwołującego, iż klauzula 14.2 WSK w sprawie zaliczki jest lakoniczna, a odsyłanie do przyszłych negocjacji między zamawiającym a wybranym wykonawcą, w toku których miałyby być ustalone warunki udzielenia zaliczki, jest niedopuszczalne. Uwzględniając także, iż ustawodawca dopuszcza udzielanie kolejnych zaliczek pod warunkiem, że wykonawca wykaże, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek (art. 151a ust. 4 P.z.p.), zasadnym jest również, w sytuacji, gdyby miały być udzielane kolejne zaliczki (co trzeba także przewidzieć w SIWZ lub ogłoszeniu), sprecyzowanie, w jaki sposób wykonawca ma wykazać, że wykonał zamówienie w zakresie poprzednio udzielonych zaliczek.*

Późniejsza, dokonywana dopiero w trakcie realizacji zamówienia, zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego polegająca na wprowadzeniu zaliczek będzie stanowiła istotną zmianę umowy. Odpowiada stypizowanemu w art. 144 ust. 1e pkt 2 lit b) Pzp przypadkowi istotnej zmiany umowy, tj. zmianie, która narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Jedynym wymogiem formalnym stosowania zaliczek jest informacja o powyższym w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu.

Pzp nie określa stopnia szczegółowości informacji o zaliczkach zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. W związku ze znaczeniem zaliczek dla obliczenia ceny oferty należy uznać, że informacja na temat zaliczek powinna zawierać co najmniej dane na temat dopuszczalnej ich wysokości, warunków wypłaty, terminu (lub terminów) rozliczenia oraz ewentualnego zabezpieczenia ich zwrotu. Wskazać przy tym należy, że ustawa nie stoi na przeszkodzie określeniu kwoty zaliczki jako oznaczonego procentu ceny oferty, ani poprzez wskazanie określonej kwoty nominalnej, która ma być zaliczkowana. Niewątpliwie im bardziej szczegółowy zakres informacji związanych z udzieleniem i rozliczeniem przewidywanych zaliczek, tym precyzyjniej wykonawca będzie mógł obliczyć cenę swojej oferty. Informacje w sprawie zaliczek mogą zostać zamieszczone zarówno w wyodrębnionym punkcie SIWZ, jak i jako część wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pzp nie określa stopnia szczegółowości informacji o zaliczkach w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ.

Art. 151a Pzp nie rozstrzyga o dopuszczalnej liczbie udzielanych przez zamawiającego zaliczek, ani też nie określa ich maksymalnej wysokości. Rozwiązanie to umożliwia zamawiającemu dostosowanie tych zagadnień w pełni samodzielnie w SIWZ. Dzięki temu zyskuje możliwość elastycznego skonstruowania treści po-

stanowień przyszłej umowy, w zależności od potrzeb wynikających z uwarunkowań gospodarczych, w jakich jest udzielane dane zamówienie publiczne.

Zamawiający ma swobodę w ustaleniu liczby udzielanych wykonawcy zaliczek i ich maksymalnej wysokości.

Możliwość udzielania zaliczek, mocą postanowień art. 151a ust. 3 Pzp, została wyłączona jedynie w stosunku do zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz negocjacji bez ogłoszenia. Ograniczenie to dotyczy jednak tylko zamawiających posiadających status jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu Ufp (art. 151a ust. 8 Pzp). Wszelkie inne kategorie zamawiających wymienione w art. 3 ust. 1 Pzp nie są ograniczone opisanym zakazem i są uprawnione udzielać zaliczek niezależnie od trybu, w którym następuje udzielenie zamówienia. Ponadto nawet jednostki finansów publicznych są uprawnione udzielać zaliczek w przypadku udzielania zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (co wprost potwierdza przepis art. 131w ust. 1 pkt 2 Pzp) oraz w przypadku zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 10 Pzp (co wynika z art. 151a ust. 3 in fine Pzp).

Jedynе ograniczenie w udzielaniu zaliczek dotyczących zamówień realizowanych w trybie zamówień z wolnej ręki (za wyjątkiem przesłanki z art. 67 ust 1 pkt 10 Pzp) i negocjacji bez ogłoszenia i to wyłącznie przez zamawiających mających status jednostek sektora finansów publicznych. Ograniczenie to nie dotyczy zamówień w obrębie obronności i bezpieczeństwa.

Przepisy Pzp (co do zasady) nie ograniczają zamawiających w liczbie i kwocie udzielanych zaliczek. Obie te wielkości są zależne tylko i wyłącznie od potrzeb wynikających charakteru przedmiotu zamówienia i warunków rynkowych. W stosunku jednak do jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu Ufp art. 151a ust. 4 Pzp przewiduje, że zamawiający może udzielić kolejnych zaliczek, pod warunkiem że wykonawca wykaże, iż wykonał zamówienie w zakresie wartości

poprzednio udzielanych zaliczek. Komentowany przepis powinien być rozumiany w taki sposób, że płatność kolejnej zaliczki udzielanej przez zamawiającego powinna następować dopiero po wykonaniu przez wykonawcę świadczeń na wartość zaliczki uprzednio udzielonej. Przepis wymusza zatem kształtowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób uniemożliwiający kumulowanie płatności zaliczek. Następną zaliczka jest płatna dopiero po wykonaniu świadczeń o wartości nie mniejszej niż wartość udzielonej dotychczas zaliczki. Pzp nie ogranicza przy tym instrumentarium dowodowego, przy pomocy którego powinno nastąpić wykazanie przez wykonawcę, że wykonał zamówienie w zakresie wartości udzielonych poprzednio zaliczek. W praktyce będzie się to sprowadzało do dokumentowania przed zamawiającym zakresu wykonanego już zamówienia. Dokumentowanie to nie musi przybierać postaci protokołu odbioru częściowego, ani nawet nie musi się wiązać z odbiorem częściowym. Za w pełni dopuszczalny należy uznać każdy sposób wykazania przez wykonawcę, iż wykonał zamówienie w zakresie wartości udzielonych poprzednio zaliczek (np. w przypadku umowy o roboty budowlane przewidującej wyłącznie odbiór końcowy – wykonanie pomiaru geodezyjnego mającego dla potrzeb rozliczenia zaliczki ustalenie, iż roboty zostały wykonane w zakresie wartości udzielonej zaliczki). Sposób ustalenia i potwierdzenia, że wykonawca wykonał zamówienie w zakresie wartości udzielonych poprzednio zaliczek, będzie wymagał wprowadzania odpowiednich zapisów do umowy w sprawie zamówienia publicznego już na etapie formułowania SIWZ.

Liczba i wysokość zaliczek (poza wyjątkiem w zamówieniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa) nie jest ustawowo reglamentowana.

Zamawiający mający status jednostki sektora finansów publicznych powinien przewidzieć w postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego zapisy umożliwiające mu płatności kolejnej zaliczki po wykonaniu świadczenia na wartość nie mniejszą niż wartość udzielonej zaliczki.

Jedynie ograniczenia w zakresie wielkości udzielanych zaliczek przewidują przepisy o zamówieniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Stosownie bowiem do postanowień art. 131w ust. 2 pkt 1 Pzp wysokość jednorazowej zaliczki nie może przekraczać 33% wartości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku udzielenia zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki. Ograniczenie to dotyczy jednakże wyłącznie jednorazowej zaliczki i nawet w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa ustawa nie ogranicza łącznego limitu zaliczek udzielanych przez zamawiającego. Limit wynikający z art. 131w ust. 2 Pzp odnosi się jedynie do jednorazowej zaliczki.

W zamówieniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie negocjacji bez ogłoszenia i zamówień z wolnej ręki wysokość jednorazowej zaliczki nie może przekraczać 33% wynagrodzenia wykonawcy. Zastrzeżenie to nie dotyczy łącznej wartości udzielanych zaliczek.

Dopuszczalność umownego określenia celu, na jaki może zostać wydatkowana zaliczka

Na tle art. 151a ust. 4 Pzp rozważyć należy również zagadnienie możliwości sprecyzowania przez zamawiającego celu, na który może być wydatkowana zaliczka (np. sfinansowanie określonego rodzaju robót, zakup materiałów na potrzeby realizacji zamówienia, zakup urządzeń do zamontowania). Uwzględniając fakt zastosowania zasady swobody kontraktowej (art. 353(1) Kc) do umów w sprawach zamówień publicznych oraz okoliczność, iż żaden przepis Pzp nie zakazuje określania celu, na jaki zaliczka ma być wykorzystana, należy w pełni przyjąć takie uprawnienie zamawiającego. Wykładni takiej sprzyja też uzasadniona potrzeba ochrony interesów zamawiającego, jako wierzyciela, który może być zainteresowany w spożytkowaniu zaliczki na ściśle określony cel związany z realizacją umowy, w ramach której udziela zaliczki.

Istnieje możliwość określenia przez zamawiającego celu, na jaki zaliczka ma być wykorzystana.

Potwierdza to zresztą pośrednio przepis szczególny, tj. art. 143a ust. 1 pkt 2) Pzp dotyczący zaliczek w umowach o roboty budowlane zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy przewidujących jednorazową zapłatę całości wynagrodzenia. Przepis ten stanowi, iż w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę całości wynagrodzenia należnego wykonawcy po wykonaniu całości robót budowlanych – zamawiający jest obowiązany przewidzieć udzielanie zaliczek, przy czym udzielanie kolejnych zaliczek przez zamawiającego wymaga przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 143c ust. 1, biorącym udział w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona. Jak widać, na gruncie przywołanego przepisu warunkiem zapłaty kolejnej zaliczki jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom biorącym udział w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona. Przepis ten nie ogranicza rozumienia pojęcia „części zamówie-

nia, za którą zaliczka została wypłacona” tylko do wartości robót odpowiadającej wartości wypłaconej zaliczki, ale pozwala rozumieć przez to także konkretny zakres rzeczowy, na jaki zaliczka powinna zostać wykorzystana.

W umowach na roboty budowlane realizowane przez okres dłuższy niż 12 miesięcy zamawiający może udzielić kolejnych zaliczek jedynie po wykazaniu przez głównego wykonawcę płatności na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców.

Obligatoryjne udzielenie zaliczek

Szczególnymi przepisami w zakresie udzielania zaliczek są regulacje Pzp dotyczące zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę całości wynagrodzenia należnego wykonawcy po wykonaniu całości robót budowlanych. Normujący to zagadnienie art. 143a ust. 1 pkt 2) Pzp ma charakter powszechny i wyznacza omawiany obowiązek dla wszystkich bez wyjątku kategorii zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp.

W zamówieniach na roboty budowlane, których termin realizacji przekracza 12 miesięcy i gdzie przewiduje się zapłatę całości wynagrodzenia po wykonaniu robót, zamawiający ma obowiązek przewidzieć udzielenie zaliczek.

Przepis art. 143a ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi ogólnie o obowiązku przewidzenia zaliczek, nie precyzując jednakże ani minimalnej kwoty udzielonych zaliczek, ani liczby zaliczek. Zauważyć jednakże należy, iż w treści omawianego przepisu jest wyraźnie mowa zarówno o tym, że zamawiający obowiązany jest przewidzieć udzielenie zaliczek, jak i o tym, że udzielenie kolejnych zaliczek przez zamawiającego wymaga przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom biorącym udział w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona. Powyższe zdaje się przemawiać za intencją ustawodawcy, aby zamawiający nie ograniczał się tylko do udzielenia jednej zaliczki.

Poza przypadkami wynikającymi z art. 143a ust. 1 pkt 2 Pzp udzielenie przez zamawiającego zaliczek jest zawsze fakultatywne.

W takich zamówieniach na roboty budowlane istnieje możliwość udzielania większej liczby zaliczek. Ich płatność uzależniona jest od płatności na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców.

Rozliczenie zaliczki

Pzp, wprowadzając regulację zaliczek, nie normuje zagadnienia ich rozliczenia. Wobec milczenia ustawodawcy w tym zakresie uznać należy, iż de facto możliwe są różne rozwiązania kontraktowe. Dopuszczalne jest zatem zarówno sukcesywne rozliczanie zaliczek w kolejnych płatnościach częściowych wynagrodzenia uiszczanego przez zamawiającego, jak i rozliczenie zaliczki w jednej oznaczonej płatności (niekoniecznie przypadającej bezpośrednio po udzieleniu danej zaliczki).

Umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna jednakże określać zasady spłaty zaliczki poprzez szczegółowe określenie terminów zwrotu i kwot przypadających do zwrotu.

Umowa w sprawie zamówień publicznych powinna określać zasady rozliczenia zaliczki. Możliwe jest rozliczenie sukcesywne – w kolejnych częściowych płatnościach jak i w ramach jednej płatności.

Ponieważ zaliczka ma charakter zaliczalny (jest płatna a conto zapłaty wynagrodzenia) rozliczenie zaliczki sprowadza się do pomniejszenia nominalnej kwoty przypadającej do zapłaty po terminie spłaty danej części zaliczki.

Rozliczenie zaliczki sprowadza się do pomniejszenia kwoty należnego wykonawcy wynagrodzenia.

Zabezpieczenie (zwrotu) zaliczki

Na podstawie art. 151a ust. 5 Pzp zamawiający może żądać od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki. Zwrot ustawowy „zabezpieczenie zaliczki” jest swoistym skrótem myślowym, ponieważ w istocie chodzi nie tyle o zabezpieczenie zaliczki, co o zabezpieczenie roszczenia o zwrot zaliczki. Co do zasady zaliczka powinna zostać zaliczona na poczet wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia. Aby tak się jednak stało, przedmiot umowy w sprawie zamówienia publicznego powinien zostać wykonany i odebrany przez zamawiającego. W przypadku odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego strony tej umowy powinny zwrócić sobie świadczenia wykonane do czasu odstąpienia. Powyższa reguła wynika z art. 494 § 1 zd. 1 Kc, w myśl którego strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy, a druga strona obowiązana jest to przyjąć. Wykonawca, w przypadku odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego obowiązany jest zwrócić udzielone mu zaliczki, które nie zostały rozliczone w wynagrodzeniu należnym za odebrane do czasu odstąpienia części przedmiotu zamówienia. Ponieważ w przypadku odstąpienia od umowy zwrot udzielonych wykonawcy zaliczek może być utrudniony, praktyka obrotu gospodarczego wskazuje na konieczność zabezpieczenia takiego roszczenia o zwrot. Nawiązując do tej praktyki, także Pzp przewiduje możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawcy, któremu udziela zaliczki, ustanowienia zabezpieczenia jej zwrotu.

W przypadku odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca zobowiązany jest do zwrotu zaliczek, które nie zostały rozliczone w należnym wynagrodzeniu do czasu odstąpienia od realizacji przedmiotu umowy.

Co do zasady żądanie przez zamawiającego zabezpieczenia zwrotu zaliczki nie jest obligatoryjne. Wynikająca z ustawy swoboda co do wymogu ustanowienia przez wykonawcę takiego zabezpieczenia opiera się na założeniu, iż zamawiający będzie faktycznie zainteresowany uzyskaniem zabezpieczenia zwrotu zaliczki. Wyjątek od fakultatywności zabezpieczenia został jednakże przewidziany w stosunku do jed-

nostek sektora finansów publicznych w rozumieniu Ufp (zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp). W przypadku tej kategorii zamawiających żądanie ustanowienia przez wykonawcę zabezpieczenia zwrotu zaliczki jest obowiązkowe w każdym przypadku, gdy przewidywana wartość zaliczek przekracza 20% wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

Zabezpieczenie, o którym mowa w art. 151a ust. 5 Pzp, zabezpiecza jedno tylko roszczenie służące zamawiającemu w stosunku do wykonawcy, a mianowicie roszczenie o zwrot wypłaconej zaliczki. Z tego powodu jest ustanawiane zawsze na kwotę równą (100%) kwocie udzielanej zaliczki, której zwrot zabezpiecza.

Zabezpieczenie zwrotu zaliczki dotyczy kwoty udzielanej (wypłaconej) zaliczki.

Żądanie przez zamawiającego zabezpieczenia zwrotu zaliczek nie jest obligatoryjne, poza przypadkiem jednostek sektora finansów publicznych, w sytuacji gdy wartość przewidywanych przez takich zamawiających zaliczek przekracza 20% wynagrodzenia wykonawcy.

Jakkolwiek ustawa nie precyzuje tego jednoznacznie, to ustanowienie zabezpieczenia zwrotu zaliczki powinno dotyczyć danej pojedynczej zaliczki, która jest udzielana. Brak jest w ustawie dostatecznych podstaw do przyjęcia, iż zamawiający jest uprawniony żądać ustanowienia jednego zabezpieczenia zwrotu przyszłych zaliczek, chociaż termin ich zapłaty jeszcze nie nastąpił. W praktyce realizacji zabezpieczenia funkcjonować będą zatem odrębne zabezpieczenia zwrotu zaliczki udzielone samoistnie w stosunku do danej zaliczki.

Brak jest podstaw do ustalenia zabezpieczenia zwrotu przyszłych zaliczek.

W przypadku żądania przez zamawiającego wniesienia zabezpieczenia zwrotu zaliczki w umowie w sprawie zamówienia publicznego określa się formę lub formy zabezpieczenia zaliczki, wysokość zabezpieczenia, a także sposób jego wniesienia i zwrotu. Umowa może też przewidywać możliwość zmiany formy zabezpieczenia zaliczki w trakcie realizacji tej umowy. Jakkolwiek przepis ustawowy nie przesądza tego wyraźnie, zmiana formy zabezpieczenia zwrotu zaliczki może nastąpić tylko na jedną z form wskazanych w art. 151a ust. 5, czyli na jedną z form wskazanych w art. 148 ust. 1 i 2 Pzp. Zmiana formy zabezpieczenia zwrotu zaliczki na inną formę prowadziłaby do obejścia przepisu art. 151a ust. 5 Pzp. Jednocześnie należy zauważyć, iż normując wymogi dotyczące postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, odnoszące się do zabezpieczenia zwrotu zaliczki, ustawa nie wskazuje na termin ustanowienia takiego zabezpieczenia. Wzgląd na ochronę interesu zamawiającego wymaga, aby ustanowienie zabezpieczenia zwrotu zaliczki stanowiło warunek jej wypłaty. Termin wniesienia zabezpieczenia, wobec braku regulacji ustawowej, powinien zostać określony w postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego lub w SIWZ.

Zamawiający, o ile przewiduje zabezpieczenie zwrotu zaliczki, określa jego formę w oparciu o art. 148 ust. 1 i 2 Pzp. Zmiana formy zabezpieczenia w trakcie realizacji jest możliwa z uwzględnieniem form przewidzianych w art. 148 ust. 1 i 2 Pzp.

Żądanie zamawiającego zabezpieczenia zwrotu zaliczki (forma, wysokość, sposób wniesienia i zwrotu) powinno być określone w umowie w systemie zamówień publicznych.

Zabezpieczenie zwrotu zaliczki może być wnoszone w jednej lub kilku formach wskazanych w art. 148 ust. 1 i 2 Pzp. Ustawodawca, normując formy zabezpieczenia zwrotu zaliczki, odesłał do regulacji formy, w jakiej może być wnoszone

zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Katalog ten w pierwszej kolejności wymienia zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu (art. 148 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 151a ust. 6 Pzp), co w przypadku zabezpieczenia zwrotu zaliczki będzie miało zastosowanie wyjątkowo rzadko. Mało prawdopodobne jest także, aby zabezpieczenie zwrotu zaliczki dokonywane było w formie zastawu rejestrowego już choćby z uwagi na długotrwałość jej ustanawiania związaną z koniecznością uzyskania wpisu do rejestru zastawów, co pozostaje w kolizji z potrzebą szybkiego uzyskania zaliczki przez wykonawcę. Mając na uwadze doświadczenia płynące z praktyki obrotu, wydaje się, iż zabezpieczenie zwrotu zaliczki najczęściej będzie następowało w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej.

*Niecelowe i nieefektywne formy zabezpieczenia zwrotu zaliczki:
zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu i zastaw rejestrowy.*

Katalog dopuszczalnych form zabezpieczenia zwrotu zaliczki otwiera poręczenie bankowe oraz poręczenie spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej (art. 148 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 151a ust. 6 Pzp). Podstawę dokonywania poręczeń przez banki stanowi art. 5 ust. 2 pkt 8 Pr. Bank. Poręczenie bankowe, choć stanowi jedną z czynności bankowych, de iure jest odmianą poręczenia z Kc. W ujęciu kodeksowym poręczenie jest umową, poprzez którą poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik nie wykonał zobowiązania (art. 876 § 1 Kc). Wniesienie zabezpieczenia zwrotu zaliczki w omawianej formie wymaga zatem zawarcia umowy pomiędzy zamawiającym (jako wierzycielem) oraz bankiem (jako poręczycielem). Do zawarcia umowy poręczenia może dojść zarówno w sposób wyraźny, jak i w sposób konkludentny (dorozumiany). W pierwszym przypadku chodzi o złożenie przez strony własnoręcznych podpisów na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli albo poprzez wymianę dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany (art. 78 § 1 Kc). Na dorozumiany sposób zawarcia umowy poręczenia pozwala natomiast art. 876 § 2 Kc, zgodnie z którym jedynie oświadczenie poręczyciela powinno być pod rygorem nieważności złożone na piśmie. Natomiast oświadczenie wierzyciela

jako strony umowy poręczenia może zostać złożone w każdej formie. Należy mieć w tym względzie na uwadze art. 60 Kc, wedle którego wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny. Do zawarcia umowy poręczenia (mającej za przedmiot poręczenie zwrotu zaliczki) będzie wystarczające jakiegokolwiek zachowanie zamawiającego, jednoznacznie ujawniające akceptację oświadczenia banku – poręczyciela (np. pismo aprobujące oświadczenie banku, żądanie zapłaty).

Poręczenie bankowe (SKOK) dopuszczalna i adekwatna forma zabezpieczenia zwrotu zaliczki.

Zabezpieczenie zwrotu zaliczki wnoszone w formie poręczenia bankowego (SKOK) to umowa pomiędzy zamawiającym (wierzycielem) a bankiem (poręczycielem), która może być zawarta w sposób dorozumiany (zamawiający może zawrzeć tę umowę np. przez żądanie zapłaty).

Bank lub SKOK, jako poręczyciel, poręcza zapłatę roszczenia o zwrot zaliczki. Choć w świetle prawa cywilnego poręczyciel może poręczać również dług niepieniężny, to bank lub SKOK, jako poręczyciel z tytułu zabezpieczenia zwrotu zaliczki zawsze poręcza dług pieniężny. Po pierwsze dlatego, że zabezpieczenie zwrotu zaliczki jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym, po wtóre dlatego, że Pr. Bank. czyni przedmiotem świadczenia poręczającego banku jedynie świadczenie pieniężne (por. art. 84 Pr. Bank.).

Poręczenie bankowe lub SKOK wnoszone jako zabezpieczenie zwrotu zaliczki zawsze zabezpiecza dług pieniężny.

Na mocy art. 881 Kc, w braku odmiennego zastrzeżenia poręczyciel jest odpowiedzialny jak współdłużnik solidarny. O zakresie zobowiązania poręczyciela przesądza więc treść umowy poręczenia. Może ona przewidywać subsydiarną odpowiedzialność poręczyciela, np. dopiero po uchyleniu się dłużnika (wykonawcy) od spełnienia świadczenia. Ograniczenie powyższe dojdzie jednak do skutku za zgodą zamawiającego. W braku opisywanego zastrzeżenia poręczyciel odpowiada jak współdłużnik solidarny, w związku z czym zamawiający może kierować żądanie zapłaty równowartości kwoty wypłaconej zaliczki wprost do niego (por. art. 366 § 1 Kc).

Zamawiający, chcąc zaspokoić się z zabezpieczenia zwrotu zaliczki wniesionego w formie poręczenia bankowego (SKOK), żąda zapłaty bezpośrednio od poręczyciela.

Poręczyciel (bank lub SKOK) odpowiada solidarnie z dłużnikiem (wykonawcą) w przypadku uchylenia się przez niego od spieniężenia świadczenia.

Zaspokojenie się przez zamawiającego z zabezpieczenia wniesionego w formie poręczenia bankowego lub poręczenia SKOK następuje przez skierowanie żądania zapłaty do poręczyciela. W przypadku odmowy spełnienia świadczenia zamawiający może wnieść powództwo o zapłatę zarówno przeciwko poręczycielowi, jak i przeciwko wykonawcy, a także przeciwko obu łącznie, chyba że w umowie poręczenia odmiennie ukształtowano odpowiedzialność poręczyciela (np. subsydiarnie). Wynika to z faktu, iż poręczyciel odpowiada jak współdłużnik solidarny.

Gwarancja bankowa, podobnie jak poręczenie bankowe, jest jedną z czynności bankowych. Zaliczana jest ona do kwalifikowanych czynności bankowych, czyli takich, które wykonywać może jedynie podmiot mający status banku wedle przepisów regulujących działalność bankową. Instytucję gwarancji bankowej normuje art. 81 ust. 1 Pr. Bank., który przez gwarancję bankową każe rozumieć jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określony-

mi 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 przypadku gwarancji bankowej wniesionej jako zabezpieczenie zwrotu zaliczki zamawiający występuje jako beneficjent gwarancji. O zobowiązaniu banku – gwaranta decyduje treść gwarancji złożonej beneficjentowi, przy czym zleceniodawca gwarancji (wykonawca albo osoba działająca na zlecenie wykonawcy) powinien zlecić bankowi udzielenie gwarancji o treści żądanej przez zamawiającego, tj. zabezpieczającej roszczenie w określonej kwocie i przez określony okres czasu.

Zamawiający – beneficjent gwarancji bankowej wniesionej jako zabezpieczenie zwrotu zaliczki ma prawo określić treść gwarancji co do określenia kwoty roszczenia i zabezpieczenia roszczenia przez określony czas.

Gwarancja bankowa – dopuszczalna i adekwatna forma zabezpieczenia zwrotu zaliczki.

Udzielenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności (art. 81 ust. 2 Pr. Bank.). W przypadku zaistnienia okoliczności tworzących podstawę zaspokojenia się z wniesionego zabezpieczenia zamawiający kieruje żądanie zapłaty do banku-gwaranta.

Forma gwarancji bankowej – na piśmie pod rygorem nieważności.

Ziszczenie się podstaw do skorzystania z gwarancji bankowej uprawnia zamawiającego do skierowania żądania zapłaty bezpośrednio do banku – gwaranta.

Nieco odmienny charakter od gwarancji bankowej posiada gwarancja ubezpieczeniowa. Czynność ta nie została uregulowana w przepisach prawa, jedynie ustawa o działalności ubezpieczeniowej nazywa ją czynnością ubezpieczeniową oraz wspomina o niej w załączniku do tej ustawy. W przeciwieństwie jednak do gwarancji bankowej przepisy prawa nie określają ani treści, ani formy gwarancji ubezpieczeniowej. Niekiedy w piśmiennictwie przyjmuje się, nie bez racji, iż gwarancja ubezpieczeniowa wywodzi się z umowy ubezpieczenia zawartej na rzecz osoby trzeciej. Według art. 805 § 1 Kc przez umowę ubezpieczenia ubezpieczyciel zobowiązuje się, w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa, spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. Z kolei art. 808 § 1 Kc wyraźnie wskazuje, iż umowa ubezpieczenia może zostać zawarta także na cudzy rachunek. W opisanym kształcie ubezpieczyciel, działając na zlecenie ubezpieczającego (wykonawcy), zobowiązywał się względem niego zapłacić ubezpieczonemu (zamawiającemu) określoną kwotę na wypadek zaistnienia określonego zdarzenia (zaistnienia okoliczności pozwalających na żądanie zwrotu zaliczki). Przepisy nie określają formy gwarancji ubezpieczeniowej, jednak praktyka obrotu hołduje formie pisemnej. Jest to w pełni uzasadnione zarówno ze względu na pewność obrotu prawnego, jak i ze względu na to, iż zamawiający jako uprawniony z gwarancji ubezpieczeniowej nie jest stroną tej umowy.

Gwarancja ubezpieczeniowa – dopuszczalna i adekwatna forma zabezpieczenia zwrotu zaliczki.

W gwarancji ubezpieczeniowej wniesionej jako zabezpieczenie zwrotu zaliczki ubezpieczyciel, działający na zlecenie wykonawcy, zobowiązuje się względem niego – najlepiej w formie pisemnej – zapłacić zamawiającemu określoną kwotę w przypadku zaistnienia okoliczności pozwalających na żądanie zwrotu zaliczki.

Ustanowienie zabezpieczenia zwrotu zaliczki może wreszcie nastąpić w formie poręczenia podmiotów wskazanych w ustawie o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Poręczycielem, który może poręczać zaspokojenie roz-

czenia o zwrot zaliczki, mogą być podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z 9.11.2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (DzU z 2016 r. poz. 359 ze zm.). Chodzi o podmioty, którym Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości udzieliła pomocy finansowej przeznaczonej na powiększenie wyodrębnionego księgowo funduszu (tzw. funduszu poręczeniowego), z którego ten podmiot udziela poręczeń lub gwarancji spłaty kredytów albo pożyczek. Udzielenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez te podmioty następuje przez zawarcie umowy poręczenia z zamawiającym.

Poręczenie podmiotów wskazanych w ustawie o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości – dopuszczalna i adekwatna forma zabezpieczenia zwrotu zaliczki.

Ponieważ art. 151a ust. 5 odsyła nie tylko do art. 148 ust. 1 Pzp normującego tzw. obligatoryjne formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ale również do form wskazanych w art. 148 ust. 2 Pzp, to też zabezpieczenie zwrotu może być ustanawiane w tych właśnie formach, tj. w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, przez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego oraz przez ustanowienie zastawu rejestrowego.

Zabezpieczenie zwrotu zaliczki może być wniesione tylko w postaci weksła zupełnego. Niedopuszczalna jest forma weksła in blanco. Dopuszczalne zaś są obie formy zarówno weksła własnego jak i trasowanego.

Weksel z poręczeniem wekslowym banku lub SKOK, zastaw na papierach wartościowych SP lub JST oraz ustanowienie zastawu rejestrowego – dopuszczalne formy zabezpieczenia zwrotu zaliczki.

Brzmienie art. 148 ust. 2 pkt 1 Pzp (do którego odsyła art. 151a ust. 5 Pzp) wskazuje jednoznacznie, iż zabezpieczenie zwrotu zaliczki może być wniesione tylko w postaci weksła zupełnego. Wekسل in blanco jako dokument, który nie spełnia wymagań dotyczących treści weksła wynikających z Pr. Weksl. (vide: art. 1 i 101 Pr. Weksl.) i który wekslem stanie się dopiero po jego wypełnieniu przez posiadacza, nie może być formą zabezpieczenia zwrotu zaliczki. Pzp nie przesądza natomiast, czy zabezpieczenie w formie weksła ma być wnoszone w formie weksła własnego (sola), czy też trasowanego (trata). Wobec milczenia ustawodawcy uznać należy, iż każda z postaci weksła jest dopuszczalna. Przepisy Pzp nie odnoszą się także do kwestii wystawcy weksła. Zdecydowanie nieuprawnione byłoby ograniczanie kręgu wystawców tylko do samego wykonawcy. Obowiązek każdorazowego poręczenia zobowiązania wekslowego przez bank przemawia za dopuszczalnością wniesienia zabezpieczenia zwrotu zaliczki także w postaci weksła wystawionego przez osobę trzecią. Rozwiązanie to jest poza tym ze wszech miar racjonalne gospodarczo – umożliwia wykonawcy indosowanie (przenoszenie praw z weksła przez indos) na zamawiającego weksli, z których wykonawca jest uprawniony jako remitent lub jako indosatariusz. Jako wierzyciel wekslowy powinien zostać wskazany zamawiający. Nie musi być on jednakże remitentem wskazanym przez wystawcę. Wystarczający jest także indos uczyniony na zamawiającego. W takiej sytuacji zamawiający jako indosatariusz będzie mógł dochodzić zapłaty z weksła od wystawcy, indosanta i awalisty (poręczyciela wekslowego), przy czym w przypadku zabezpieczenia zwrotu zaliczki będzie to zawsze bank. Dodatkowo przy weksłach trasowanych zamawiający może dochodzić zapłaty także od trasata, po dokonaniu przez niego przyjęcia weksła (akceptu).

Wierzycielem wekslowym w wystawianym zabezpieczeniu zwrotu zaliczki powinien być ustanowiony zamawiający.

Weksel wnoszony tytułem zabezpieczenia zwrotu zaliczki powinien być poręczony przez bank lub SKOK. Dokonuje się tego przez podpis poręczyciela (osoby umocowane do zaciągnięcia zobowiązań wekslowych w imieniu banku) na wekslu.

Przepisy Pzp wymagają, aby weksel wnoszony tytułem zabezpieczenia zwrotu zaliczki był poręczony przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową. W przypadku takiego weksła nie chodzi jednak o poręczenie cywilne (uregulowane w Kc), lecz o poręczenie wekslowe (z Pr. Weksl.), czyli o tzw. awal. Wprowadzenie w ustawie obligatoryjnego poręczenia banku ma na celu ochronę interesów zamawiającego. Poszerza się bowiem w ten sposób krąg dłużników wekslowych, wprowadzając do niego instytucję finansową. Poręczenia wekslowego dokonuje się przez podpis poręczyciela złożony na wekslu. Poręczyciel co do zasady powinien podpisać się na przedniej stronie weksła. Prawo wekslowe wskazuje, iż podpis złożony na przedniej stronie weksła oznacza poręczenie, chyba że pochodzi od wystawcy (art. 31 Pr. Weksl.). Podpis poręczyciela może być złożony także w innym miejscu, przy czym powinien wyraźnie wskazywać na złożenie go z zamiarem poręczenia oraz oznaczać osobę, za którą następuje poręczenie. Podpis poręczyciela może być także złożony na przedłużku (dodatkowej karcie związanej z wekslem). Poręczyciel powinien poręczać całą kwotę przewidzianą tytułem zabezpieczenia. Osoby podpisujące weksel w imieniu poręczającego banku powinny być umocowane do zaciągania zobowiązań wekslowych w imieniu banku, a podpisując weksel, wskazać, że działają jako organ lub pełnomocnik banku. W przeciwnym wypadku podpisy tych osób, złożone na wekslu bez wskazania, iż działały w imieniu banku, będą skutkowały udzieleniem poręczenia wekslowego przez te osoby, a nie przez bank. Poręczający bank odpowiada solidarnie wraz z dłużnikiem wekslowym, za którego poręczył.

Weksel wnoszony tytułem zabezpieczenia zwrotu zaliczki powinien być płatny za okazaniem.

Ustawa nie określa także terminu płatności weksła wręczanego tytułem zabezpieczenia zwrotu zaliczki. Zgodnie z przepisami Pr. Weksl. weksel może być płatny: za okazaniem, w pewien czas po okazaniu, w oznaczonym dniu oraz w pewien czas po dacie. Spośród terminów płatności weksła określonych w Pr. Weksl. wekslowym w zasadzie tylko jeden nadaje się do weksli służących jako zabezpieczenie, tzn. weksel płatny za okazaniem. Weksle płatne w dacie lub pewien czas po dacie nie mogą efektywnie spełniać roli zabezpieczenia należytego wykonania umowy, gdyż konieczność przedstawienia ich do akceptu i zapłaty trasatowi lub wystawcy weksła własnego w oznaczonym dniu będzie kolidowała z niemożnością określenia z góry wymagalności zatrzymania zabezpieczenia.

Do wniesienia zabezpieczenia zwrotu zaliczki w formie weksła niezbędne jest wręczenie weksła zamawiającemu.

Skuteczne wniesienie zabezpieczenia zwrotu zaliczki w formie weksła poprzez wręczenie weksła zamawiającemu.

Omawiając zastaw na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego jako formę zabezpieczenia zwrotu zaliczki zauważyć należy, iż jest on odmianą zastawu na prawach. Treścią prawa zastawu na papierze wartościowym jest obciążenie prawa inkorporowanego w papierze wartościowym uprawnieniem, na mocy którego wierzyciel będzie mógł dochodzić zaspokojenia z tego prawa, bez względu na to komu ono przysługuje, i z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi uprawnionego z papieru wartościowego (por. art. 306 § 1 Kc w zw. z art. 327 Kc). Ustanowienie zastawu następuje zawsze w celu zabezpieczenia oznaczonej wierzytelności – w omawianym przypadku roszczenia o zwrot zaliczki.

Ustanowienie zastawu następuje w celu zabezpieczenia wierzytelności, którą jest wszczęcie o zwrot zaliczki.

Do ustanowienia zastawu na prawach potrzebna jest umowa między uprawnionym z papieru wartościowego a wierzycielem (zamawiającym). Umowa ta powinna zostać zawarta z datą pewną (art. 329 Kc). Przedmiotem zastawu jako zabezpieczenia zwrotu zaliczki mogą być wyłącznie papiery wartościowe emitowane przez Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Przepisy ustawy nie przesądzają jednak, jak należy rozumieć papiery wartościowe mogące być przedmiotem zastawu ustanawianego na zabezpieczenie. Zastaw może być zatem ustanowiony na wszelkich papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. W praktyce największe znaczenie będzie miał zastaw ustanawiany na obligacjach (art. 2 pkt 5 ustawy z 15.01.2015 r. o obligacjach, DzU z 2015 r. poz. 238 ze zm.) emitowanych przez jednostki samorządu terytorialnego oraz na skarbowych papierach wartościowych krótkoterminowych (tj. bonach skarbowych) i długoterminowych (obligacjach skarbowych) (art. 95 i 96 Ufp).

Zastaw na papierach wartościowych emitowanych przez SP lub JST jako forma zabezpieczenia zaliczki może dotyczyć obligacji emitowanych przez JST oraz skarbowych papierów wartościowych krótkoterminowych i długoterminowych.

Ustawa dopuszcza wreszcie wniesienie zabezpieczenia zwrotu zaliczki przez ustanowienie zastawu rejestrowego. Jak wskazano to już powyżej, forma ta raczej będzie stosowana sporadycznie z uwagi na długotrwałość procedury jej ustanowienia. Instytucję zastawu rejestrowego normuje UZR. Według art. 2 ust. 1 tej ustawy do ustanowienia zastawu rejestrowego potrzebne jest spełnienie dwóch warunków: (1) zawarcia umowy między osobą uprawnioną do rozporządzania przedmiotem zastawu (zastawcą) a wierzycielem (zastawnikiem), czyli tzw. umowy zastawniczej oraz (2) wpisu do rejestru zastawów.

Umowa o ustanowienie zastawu rejestrowego powinna być pod rygorem nieważności zawarta na piśmie (art. 3 ust. 1 UZR). Umowa zastawnicza określa co najmniej: datę zawarcia umowy, imię i nazwisko (nazwę) oraz miejsce zamieszkania (siedzibę) i adres zastawnika, zastawcy oraz dłużnika, jeżeli nie jest on zastawcą, przedmiot zastawu w sposób odpowiadający jego właściwościom, wierzytelność zabezpieczoną zastawem (przez oznaczenie jej wysokości oraz stosunku prawnego, z którego ta wierzytelność wynika, lub najwyższej sumy zabezpieczenia, jeżeli zabezpieczana jest wierzytelność przyszła lub warunkowa o wysokości nieustalonej w chwili zawarcia umowy zastawniczej). Stronami umowy zastawniczej są zastawnik i zastawca. W przypadku zastawu ustanawianego jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy zastawnikiem, czyli uprawnionym z zastawu, będzie zawsze zamawiający, gdyż zastaw ma zabezpieczać jego roszczenie o zwrot zaliczki. Zastawcą będzie z zasady sam wykonawca, ale nie ma większych przeszkód, aby byli nim osoba trzecia (np. dłużnik wykonawcy zwalnający się w ten sposób z innego zobowiązania, spółka z grupy kapitałowej wykonawcy działająca na jego zlecenie) albo jeden z wykonawców składających ofertę wspólną. Interesy zamawiającego nie są w takiej sytuacji narażone na szwank, gdyż przedmiot zastawu musi być oznaczony w umowie zastawniczej, do której nie dojdzie bez zgody zamawiającego.

Zastaw rejestrowany – rzadka i nieefektywna forma zabezpieczenia zwrotu zaliczki.

Forma o ustanowienie zastawu – pisemna pod rygorem nieważności.

Przedmiotem zastawu rejestrowego mogą być rzeczy ruchome i zbywalne prawa majątkowe, z wyjątkiem praw mogących być przedmiotem hipoteki, wierzytelności, na których ustanowiono hipotekę, statków morskich wpisanych do rejestru okrętowego oraz statków w budowie mogących być przedmiotem hipoteki morskiej. Zastawem rejestrowym można w szczególności obciążyć: rzeczy oznaczone co do tożsamości, rzeczy oznaczone co do gatunku, jeżeli w umowie zastawniczej określone zostaną ich liczba oraz sposób wyodrębnienia wśród innych rzeczy tego

samego gatunku, zbiór rzeczy ruchomych lub praw, stanowiący całość gospodarczą, choćby jego skład był zmienny (np. przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym), wierzytelności, prawa na dobrach niematerialnych oraz prawa z papierów wartościowych, prawa z niebędących papierami wartościowymi finansowych w rozumieniu ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (art. 7 ust. 2 UZR).

Czasochłonność uzyskania zabezpieczenia w formie zastawu rejestrowanego – do jego ustanowienia konieczne jest uzyskanie wpisu do rejestru zastawów.

Do ustanowienia zastawu rejestrowego konieczne jest uzyskanie wpisu do rejestru zastawów. Rejestr zastawów prowadzą sądy rejonowe (sądy gospodarcze). Wpis do rejestru odbywa się po przeprowadzeniu postępowania według przepisów Kpc postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym oraz UZR.

Literalna treść art. 151a ust. 5 Pzp wskazuje, że zamawiający może żądać od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki w jednej lub kilku formach wskazanych w art. 148 ust. 1 i 2, a zatem służy mu uprawnienie do określania dopuszczalnej formy lub form zabezpieczenia zwrotu zaliczki. W treści art. 151a ust. 5 Pzp brak jest postanowienia analogicznego do art. 148 ust. 1, iż wniesienie zabezpieczenia zwrotu zaliczki następuje w formie wybranej przez wykonawcę spośród form dopuszczonych przez ustawę. Ponadto art. 151a ust. 7 Pzp stanowi, że w przypadku żądania wniesienia zabezpieczenia zaliczki w umowie określa się formę lub formy zabezpieczenia zaliczki. Wskazany przepis stanowi jednoznacznie, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego może przewidywać jedną formę zabezpieczenia zwrotu zaliczki, co jest możliwe tylko wówczas, gdy o formie zabezpieczenia zwrotu zaliczki wiążąco decyduje zamawiający. Dlatego też zawarte w art. 151a ust. 5 Pzp odesłanie do art. 148 Pzp traktować należy wyłącznie w kategoriach oznaczenia katalogu dopuszczalnych form zabezpieczenia zwrotu zaliczki, przy czym wybór formy zabezpieczenia zwrotu zaliczki należy do zamawiającego, a decyzja ta jest wiążąca dla wykonawcy.

O rodzaju formy zabezpieczenia zwrotu zaliczki z katalogu określonego w art. 148 ust. 1 i 2 Pzp decyduje zamawiający.

Publikacja została opracowana w ramach projektu „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji”.

Projekt jest współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

Projekt realizowany w ramach Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój, Oś priorytetowa II: Efektywne polityki publiczne dla rynku pracy, gospodarki i edukacji, Działanie 2.18: Wysokiej jakości usługi administracyjne, w latach 2017- 2018.

ISBN: 978-83-88686-69-6

Warszawa 2018