

Marta Meisner

Zarządzanie ryzykiem inwestycji infrastrukturalnych poprzez gwarancje ubezpieczeniowe z perspektywy ich beneficjenta

Artykuł zawiera omówienie zależności pomiędzy jakością zabezpieczenia interesów inwestora, jakie zapewnia wykorzystanie gwarancji ubezpieczeniowych, a treścią umowy gwarancji, która ze względu na brak ustawowej regulacji (poza pewnymi kwestiami związanymi ze stosowaniem ustawy – Prawo zamówień publicznych) niemal w pełni wynika z konsensusu pomiędzy zakładem ubezpieczeń a beneficjentem gwarancji, wypracowanego w oparciu o zasadę swobody umów i przy uwzględnieniu ogólnych przepisów kodeksu cywilnego dotyczących stosunków zobowiązaniowych. Z uwagi na to, iż w umowie na realizację inwestycji kluczowe znaczenie ma odpowiednie skonstruowanie wymogów odnoszących się do gwarancji oraz świadome negocjowanie zaproponowanych przez ubezpieczyciela warunków, przeanalizowane zostały cechy umowy gwarancji, jej essentialia negotii, a także wypracowane przez praktykę klauzule dodatkowe, przy czym zwrócono uwagę na płynące z nich korzyści i zagrożenia dla beneficjenta gwarancji.

Słowa kluczowe: gwarancja ubezpieczeniowa, inwestycja infrastrukturalna.

Wstęp

Angażujące zazwyczaj znaczne środki finansowe inwestycje infrastrukturalne (rozumiane jako budowa lub rozbudowa podstawowych urządzeń i ich sieci, a także instytucji usługowych niezbędnych do funkcjonowania gospodarki i społeczeństwa) wiążą się ze znacznym ryzykiem poniesienia przez inwestora negatywnych konsekwencji niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania przez kontrahenta. Zabezpieczenie powodzenia realizacji inwestycji jest jednak szczególnie trudne z uwagi na wysoki stopień narażenia na błędy i opóźnienia, powodowany niejednokrotnie wieloletnimi okresami wykonywania prac, rozległością obszaru ich prowadzenia czy stopniem skomplikowania budowy obiektów, często charakteryzujących się zastosowaniem innowacyjnych technologii. Niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie umowy może mieć w takim przypadku istotne negatywne skutki zarówno dla inwestora, kraju (nawet jeżeli organy administracji państwowej nie są inwestorem) narażonego na konieczność zapłaty nakładanych przez międzynarodowe organizacje kar (np. nakładanych przez UE z tytułu przekroczenia limitów emisji dwutlenku węgla), innych podmiotów finansujących, jak i dla docelowych odbiorców usług dostarczanych przez obiekty infrastrukturalne (przy czym

w wyjątkowych sytuacjach może tu *de facto* chodzić nawet o wszystkich mieszkańców kraju). W odniesieniu do inwestora ryzyko niewywiązania się przez wykonawcę z zobowiązań ma najczęściej wymiar przede wszystkim finansowy. Związany jest on z utratą oczekiwanych zysków, koniecznością ponoszenia kosztów zmian w projektach, napraw, rozbiórek, przebudowy itd., jak również z konsekwencją finansowej odpowiedzialności w stosunku do podmiotów trzecich, takich jak podmioty finansujące (np. banki) czy odbiorcy usług, które miały być świadczone z wykorzystaniem realizowanej inwestycji. Ziszczenie się omawianego ryzyka może mieć ponadto konsekwencje dla inwestora w postaci utraty dobrej reputacji czy – związanej ze zmianami harmonogramu inwestycji wynikającymi z jej niewykonania w pierwotnie zakładanym terminie – niemożności realizacji przedsięwzięcia w ogóle, np. w związku z wprowadzeniem nowych regulacji prawnych.

Jednym ze sposobów zabezpieczania należytego wykonania zobowiązań umownych polegających na realizacji prac budowlano-montażowych, w tym inwestycji infrastrukturalnych, są gwarancje ubezpieczeniowe. Stanowią one istotny element zarządzania przez inwestora ryzykiem niepowodzenia inwestycji, gdyż poprzez transfer ryzyka niewykonania zleconych wykonawcy prac do wysokości kwoty określonej w gwarancji minimalizują ryzyko finansowe ponoszone przez inwestora. Celem niniejszej pracy jest analiza podstawowych cech umowy gwarancji ubezpieczeniowej oraz stosowanych w praktyce klauzul dodatkowych – przy uwzględnieniu regulacji zawartych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.)¹ – w kontekście ich wpływu na jakość ochrony interesów zamawiającego, będącego beneficjentem gwarancji, a tym samym na skuteczność zarządzania ryzykiem inwestora przy wykorzystaniu tego narzędzia.

1. Gwarancja ubezpieczeniowa jako forma zabezpieczenia stosowana na rynku inwestycji infrastrukturalnych

Gwarancja ubezpieczeniowa należy do narzędzi pomagających inwestorom w ograniczaniu ciężącego na nich ryzyka. Na jej podstawie gwarant (ubezpieczyciel) jednostronnie zobowiązuje się w wypadku zajścia określonego w gwarancji zdarzenia (niewykonania przez dłużnika zobowiązania na rzecz wierzyciela) zapłacić kwotę określoną w umowie gwarancyjnej, dzięki czemu wzmacnia się pozycja wierzyciela². Mamy zatem do czynienia z trzema podmiotami: gwarantem, dłużnikiem i beneficjentem, a także z następującymi stosunkami umownymi: umową podstawową, umową o wydanie gwarancji ubezpieczeniowej oraz umową gwarancji (rysunek nr 1).

Z faktu, iż zawierając umowę gwarancji, gwarant zaciąga wobec jej beneficjenta swój własny dług, niezależny od długu podmiotu zlecającego wystawienie gwarancji, wynika immanentna cecha gwarancji – jej samoistność. Gwarant nie może bowiem powoływać się na zarzuty z innych stosunków prawnych poza umową gwarancyjną, w szczególności z umowy zlecenia udzielenia gwarancji (np. na zarzut nieważności tej umowy, zawarcia jej pod wpływem błędu, braku zapłaty składki z tytułu umowy zlecenia udzielenia gwarancji). Ubezpieczyciel nie będzie mógł także powołać się na zarzuty z umowy podstawowej, m.in. brak odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie prac uzasadniony działaniem siły wyższej, wyłączną odpowiedzialnością osoby trzeciej czy brakiem terminowej zapłaty. Wystąpienie zatem tych okoliczności nie wpłynie w żaden sposób na istnienie odpowiedzialności gwaranta wobec beneficjenta.

¹ Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.

² Por. A. Szpunar, *Zabezpieczenia osobiste wiarytelności*, LEX, Sopot 1997, s. 137.

Rysunek nr 1. Zależności pomiędzy podmiotami relacji gwarantowania

Źródło: Opracowanie własne.

Analizując charakter gwarancji, należy jednak podkreślić, iż nie istnieje możliwość skonstruowania takiej gwarancji, w której umowa podstawowa pomiędzy dłużnikiem (zleceniodawcą gwarancji) a wierzycielem (beneficjentem gwarancji) nie byłaby w ogóle znana³. Dla wystawienia gwarancji musi bowiem istnieć przyczyna w postaci zobowiązania dłużnika wobec wierzyciela. Skłania to niektórych przedstawicieli doktryny do argumentowania, iż gwarancja ubezpieczeniowa jest umową kauzalną, tj. akcesoryjną w stosunku do umowy podstawowej⁴. Pomimo iż celem gospodarczym wystawienia gwarancji jest zabezpieczenie długu wynikłego z umowy pomiędzy inwestorem a wykonawcą, to podstawą jej wystawienia jest umowa zlecenia udzielenia gwarancji. Tymczasem ani przyczyna zobowiązania gwaranta, ani osoba zleceniodawcy jej wystawienia nie musi być nawet w treści gwarancji wskazana. Za przeważającym poglądem uznającym gwarancję za umowę abstrakcyjną, a więc niezależną od istnienia innego stosunku prawnego⁵, przemawia także fakt, iż gwarancje mają stanowić narzędzie pozwalające przede wszystkim na zapewnienie szybkiego i pewnego uzyskania świadczenia przez beneficjenta, niezależnie od umowy podstawowej.

³ Por. I. Heropolitańska, B. Andrzejuk, *Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 49; wyrok SA w Warszawie z dnia 4 kwietnia 1995 r. (I Acr 178/95, „Biuletyn Prawniczy Powszechnej Kasy Oszczędności Bank Polski S.A.” 1995, nr 3).

⁴ Por. A. Szpunar, *op. cit.*, s. 171; J. Jakubecki, J. Mojak, E. Niezbecka, *Prawne zabezpieczenie kredytów*, Lubelskie Wydawnictwo Prawnicze, Lublin 1996, s. 73; C. Żuławska, *Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji*, (w:) W. Pyziół (red.), *Studia z prawa gospodarczego i handlowego. Księga pamiątkowa ku czci profesora Stanisława Włodyki*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Kraków 1996, s. 550.

⁵ Por. M. Pyziak-Szafnicka, *Gwarancja autonomiczna*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1994, nr 2, s. 17–22; G. Tracz, *Umowa gwarancji ze szczególnym uwzględnieniem gwarancji bankowej*, Zakamycze, Kraków 1998, s. 136–137; uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 16 kwietnia 1993 r. (III CZP 16/93, OSNCP 1993, nr 10, poz. 166); uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z dnia 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94, OSNCP 1995, nr 10, poz. 135).

Podzielając opinię przeważającej części doktryny odnośnie do abstrakcyjnego charakteru umowy gwarancji, trzeba jednak pamiętać o powszechnie dopuszczonej przez judykaturę koncepcji nadużycia gwarancji⁶, w tym gwarancji ubezpieczeniowej, na podstawie art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (dalej: k.c.)⁷. Ma ona na celu ochronę gwaranta, a pośrednio także dłużnika (zobowiązanego do zapłaty roszczeń regresowych gwaranta) wówczas, gdy beneficjent gwarancji żąda wypłaty świadczenia w okolicznościach nieuzasadniających przysporzenia po jego stronie, w szczególności w sytuacji nieważności umowy podstawowej, której zabezpieczenie stanowiło zasadniczy cel gwarancji⁸.

Gwarancja ubezpieczeniowa, mając co do zasady cechy niezależnego, dodatkowego zobowiązania, jakie zaciąga gwarant wobec jej beneficjenta, jest więc narzędziem bardzo przez inwestora pożądanym. W szczególności korzystne dla beneficjenta są gwarancje zobowiązujące gwaranta do wykonania świadczenia w miejsce dłużnika, w których suma gwarancyjna wynosi 100% wartości umowy podstawowej. Jest to rozwiązanie stosowane w Ameryce Północnej, a także coraz częściej w Europie, gdzie ubezpieczyciele stopniowo zmieniają swoje podejście, dostosowując się do potrzeb klientów. W Polsce nadal funkcjonują przede wszystkim gwarancje zobowiązujące gwaranta do uregulowania roszczenia pieniężnego, jakie wierzyciel ma z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w których suma gwarancyjna sięga co do zasady nie więcej niż 30% wartości zabezpieczanej umowy.

Warto w tym miejscu podkreślić, że chociaż warunki umowy gwarancji co do zasady w praktyce negocjuje z ubezpieczycielem wykonawca umowy podstawowej, to przecież nie jest on stroną umowy gwarancji – są nimi zakład ubezpieczeń jako gwarant oraz zamawiający jako beneficjent. Biorąc to pod uwagę, należy uznać, że zawarcie umowy gwarancyjnej następuje dopiero z momentem akceptacji wystawionej przez zakład ubezpieczeń gwarancji przez jej beneficjenta. Najczęściej jest to jednak oświadczenie woli o charakterze dorozumianym, przejawiające się brakiem odmowy przyjęcia gwarancji, przekazaniem wykonawcy terenu budowy itp. Właśnie z uwagi na ten mechanizm zawierania umowy gwarancji bardzo istotne jest właściwe określenie przez zamawiającego warunków zabezpieczenia w umowie podstawowej, w oparciu o które wykonawca inwestycji pozyskuje gwarancję ubezpieczeniową.

2. Treść gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy w świetle przepisów prawa zamówień publicznych

W przypadku gdy przedmiotem umowy podstawowej jest realizacja inwestycji infrastrukturalnej w przeważającej większości sytuacji zastosowanie będą miały regulacje p.z.p. Najczęściej bowiem inwestorem jest podmiot, który pośrednio lub bezpośrednio dysponuje środkami publicznymi (np. organ administracji rządowej czy jednostka samorządu terytorialnego), albo podmiot, który ze względu na szczególny charakter prowadzonej działalności udziela tzw. zamówień sektorowych. Ponadto tego typu przedsięwzięcia mają często znaczną wartość, przewyższającą progi unijne określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej⁹, co przesądza o konieczności zastosowania przepisów p.z.p.

⁶ Wyrok SA w Poznaniu z dnia 29 grudnia 2005 r. (I ACa 556/05).

⁷ Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

⁸ Wyrok SA w Warszawie VI Wydział Cywilny z dnia 21 sierpnia 2013 r. (VI Aca 1661/12).

⁹ Dz. U. poz. 2263.

Nowelizacja ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r.¹⁰, uchylając art. 147 ust. 3 i 4 p.z.p., zniósła spoczywający na zamawiającym obowiązek żądania wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu – obecnie wprowadzenie takiego wymogu ma jedynie charakter fakultatywny. Jeżeli jednak zamawiający zdecyduje się na żądanie od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia, w szczególności w formie gwarancji ubezpieczeniowej (w oparciu o art. 147 p.z.p. w związku z art. 148 ust. 1 pkt 4 p.z.p.), ma on obowiązek wskazać w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) co najmniej podstawowe warunki zabezpieczenia, w tym jego wysokość¹¹. Niedopełnienie obowiązku wniesienia wymaganego zabezpieczenia naraża wykonawcę na niekorzystne konsekwencje, zależne od wyboru zamawiającego, który zgodnie z art. 94 ust. 3 p.z.p. „może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1” lub w oparciu o przepisy art. 46 ust. 5 pkt 2 p.z.p. zatrzymać wadium wraz z odsetkami do czasu wniesienia wymaganego zabezpieczenia¹². Ponadto w przypadku przedstawienia gwarancji o treści niespełniającej warunków umowy lub niewykonania obowiązku przedłużenia zabezpieczenia umowa może przewidywać dalsze konsekwencje dla wykonawcy, takie jak możliwość odstąpienia przez zamawiającego od umowy, uprawnienie do naliczenia kar umownych czy zaliczenia części wynagrodzenia na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Określenie tego typu sankcji dodatkowo wzmacnia pozycję zamawiającego i pozwala mu na skuteczne egzekwowanie możliwie najkorzystniejszych dla niego zapisów.

Treść umowy gwarancji kształtowana jest w oparciu o zasadę swobody umów, jednakże aby można było mówić, że dana umowa ma charakter gwarancji, praktyka wypracowała przedmiotowo istotne składniki treści tej czynności prawnej (*essentialia negotii*), które zostaną poniżej pokrótce omówione.

2.1. Oznaczenie kwoty gwarancji

W treści gwarancji konieczne jest określenie sumy gwarancyjnej, tj. kwoty wraz z oznaczeniem waluty, do wysokości której gwarant będzie odpowiadał. Dobrowolność zamawiającego w określaniu wysokości sumy gwarancyjnej ogranicza art. 150 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym zabezpieczenie powinno zostać ustalone „w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy”. Niedopuszczalne jest zatem, aby zamawiający wskazał konkretną kwotę zabezpieczenia, gdyż musi być ona uzależniona od ceny ofertowej, która na etapie wprowadzania wymogów do SIWZ nie jest zamawiającemu jeszcze znana. Należy ponadto podkreślić, iż p.z.p. nie przewiduje możliwości żądania podwyższenia (waloryzacji) zabezpieczenia przez zamawiającego, co ma szczególne znaczenie w kontekście ewentualnej modyfikacji wartości umowy¹³.

Przedmiotem rozważań doktryny i orzecznictwa, w tym Krajowej Izby Odwoławczej, była możliwość wymagania od wykonawcy utrzymania zabezpieczenia w wysokości 10% ceny

¹⁰ Dz. U. Nr 206, poz. 1591.

¹¹ Por. A. Bazan, J.E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, <http://sip.lex.pl/#/komentarz/587365085/479882/prawo-zamowien-publicznych-komentarz>, komentarz do art. 36 (dostęp: 22.04.2016).

¹² *Ibidem*, komentarz do art. 147 p.z.p.

¹³ Por. Urząd Zamówień Publicznych, *Podwyższenie wartości umowy o zamówienie publiczne a wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczące-ustawy-pzp/umowa-w-sprawie-zamowienia-publicznego/podwyzszenie-wartosci-umowy-o-zamowienie-publiczne-a-wysokosc-zabezpieczenia-nalezyczego-wykonania-umowy> (dostęp: 22.04.2016).

całkowitej przez cały okres obowiązywania umowy, nawet w sytuacji skorzystania przez zamawiającego z zabezpieczenia. Krajowa Izba Odwoławcza w kolejnych orzeczeniach¹⁴ stwierdziła, iż nie jest uprawnione wymaganie od wykonawcy uzupełnienia kwoty zabezpieczenia tak, aby ponownie osiągnęła poziom 10% ceny całkowitej, jeśli zamawiający pokrył swoją szkodę częścią zabezpieczenia. Oznaczałoby to bowiem *de facto* podwyższenie poziomu zabezpieczenia ponad limit przewidziany przez ustawodawcę. Nie ogranicza to jednak uprawnienia zamawiającego do dochodzenia roszczeń w pełnej wysokości na zasadach ogólnych¹⁵.

Z uwagi na fakt, iż dopuszczalna jest możliwość wniesienia przez zamawiającego zabezpieczenia w kilku formach łącznie, gwarancja ubezpieczeniowa może zostać przedstawiona z mniejszą sumą gwarancyjną, o ile pozostała wymagana wartość zabezpieczenia zostanie wniesiona w innej dopuszczalnej formie wynikającej z art. 148 ust. 1 p.z.p., a za zgodą zamawiającego także z art. 148 ust. 2 p.z.p.¹⁶

Dodatkowo w art. 151 ust. 2 p.z.p. przewidziana jest także możliwość pozostawienia na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady 30% wartości zabezpieczenia, jakie zostało ustanowione w celu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

2.2. Termin obowiązywania (ważności) gwarancji

W przypadku umowy podstawowej podlegającej przepisom p.z.p. data początkowa gwarancji należytego wykonania umowy powinna odpowiadać dacie podpisania umowy podstawowej. Jeżeli jednak gwarancja została udzielona dopiero w trakcie realizacji inwestycji w związku ze zmianą formy zabezpieczenia, co dopuszcza art. 149 p.z.p., gwarancja taka wchodzi w życie z dniem jej wystawienia. Jest to jednak niezmiernie rzadkie z uwagi na niechęć ubezpieczycieli do wystawiania gwarancji właściwego wykonania umowy w trakcie prowadzenia prac. Z kolei termin zakończenia ważności gwarancji powinien upływać 30 dni od dnia zakończenia realizacji zamówienia i uznania go przez zamawiającego za wykonane należycie (poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego stwierdzającego brak wad), na co wskazuje zapis art. 151 ust. 1 p.z.p. Należy zauważyć, że obecnie na polskim rynku ubezpieczeniowym praktycznie niemożliwe jest uzyskanie ubezpieczeniowej gwarancji kontraktowej na okres dłuższy niż 6–7 lat, zatem w wypadku inwestycji o dłuższym okresie trwania zleceniodawca gwarancji będzie zmuszony zastosować inną formę zabezpieczenia lub co najwyżej będzie mógł zabezpieczyć wykonanie zobowiązania gwarancją ubezpieczeniową jedynie w części.

Z kolei jeżeli chodzi o gwarancję stanowiącą zabezpieczenie z tytułu rękojmi za wady, powinna ona wejść w życie w momencie wygaśnięcia gwarancji należytego wykonania umowy i obowiązywać do 15 dni po upływie okresu rękojmi zgodnie z art. 151 ust. 3 p.z.p.¹⁷

2.3. Określenie wynikających z gwarancji uprawnień

Sens gwarancji przejawia się w zapewnieniu świadczenia gwaranta na rzecz beneficjenta w sytuacji wystąpienia sprecyzowanego umownie stanu rzeczy. W tym celu należy wprowadzić do treści umowy zapisy określające podstawę wyznaczenia kwoty do wypłaty świadczenia z tytułu gwarancji oraz okoliczności, których zaistnienie powoduje powstanie roszczenia z tytułu gwarancji. Przede wszystkim należy wskazać, iż beneficjent z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej może

¹⁴ Wyroki KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r. (KIO 1529/12; 1535/12; 1546/12), z dnia 29 października 2012 r. (KIO 2211/12; KIO 2212/12; KIO 2223/12; KIO 2224/12) oraz z dnia 30 stycznia 2013 r. (KIO110/13).

¹⁵ Por. „Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze” nr 15 (grudzień 2013), s. 102–103.

¹⁶ Por. A. Bazan, J.E. Nowicki, *op. cit.*, komentarz do art. 148 p.z.p.

¹⁷ Por. I. Heropolitańska, B. Andrzejuk, *op. cit.*, s. 239.

posiadać wyłącznie roszczenie o świadczenie pieniężne¹⁸. Jeżeli w treści umowy gwarancyjnej gwarant zobowiąże się do zapłaty „każdej kwoty do wysokości sumy gwarancyjnej”, to jest to sytuacja najbardziej korzystna dla beneficjenta gwarancji. W praktyce jednak tego typu ogólne sformułowania pozwalające beneficjentowi gwarancji na dużą swobodę w zakresie formułowania roszczenia zdarzają się coraz rzadziej. Ubezpieczyciele preferują precyzyjne określanie podstawy do wypłaty świadczenia, dzięki czemu ograniczają zakres swoich zobowiązań. Powszechnie stosowane są takie określenia, jak: „zabezpieczenie należności z tytułu wymagalnych kar umownych”, „zabezpieczenie zobowiązań z wyłączeniem kar umownych i odsetek”, „zabezpieczenie wykonania przedmiotu umowy” (mogące stanowić ograniczenie, w wypadku gdy poza przedmiotem umowy występują także dodatkowe zobowiązania wykonawcy). Jeśli jednak założymy, iż do danej umowy podstawowej zastosowanie mają przepisy p.z.p., to zgodnie z art. 147 ust. 2 p.z.p. zabezpieczenie należytego wykonania umowy ma służyć pokryciu „roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy”, przez co należy rozumieć należności, których dochodzenie dozwolone jest na podstawie przepisów prawa czy postanowień umowy, w związku ze szkodą powstałą w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, w tym w szczególności wykonania zastępczego lub zapłaty kary umownej.

Zasadą jest wprowadzanie obok uprawnień beneficjenta gwarancji także pewnych warunków formalnych, które muszą zostać spełnione, aby gwarant był zobowiązany do wypłaty świadczenia, takich jak: termin złożenia żądania zapłaty, forma żądania zapłaty, adres i sposób dostarczenia żądania zapłaty, wymagana treść żądania zapłaty, wymagane załączniki do żądania zapłaty, wymóg podpisów odpowiednich osób, poświadczenie podpisów na żądaniu zapłaty. Spełnienie wskazanych warunków formalnych aktualizuje obowiązek świadczenia przez gwaranta, niemniej należy podkreślić, że żądanie takie nie musi być przez beneficjenta gwarancji uzasadniane, a sam gwarant nie ma podstaw do badania zasadności takiego żądania (chyba że strony ustalą inaczej w treści umowy gwarancji). W żadnym wypadku tego rodzaju wymogi formalne nie mogą być bowiem rozumiane jako warunki realizacji gwarancji, które muszą zaistnieć dla powstania odpowiedzialności zakładu ubezpieczeń.

W odniesieniu do warunków realizacji gwarancji, należy wskazać, iż chodzi o okoliczności, których spełnienie:

- zależy wyłącznie od woli beneficjenta (np. obowiązek wezwania dłużnika do zapłaty przed uruchomieniem gwarancji, wszczęcie postępowania sądowego, wstrzymanie realizacji umowy podstawowej przez beneficjenta) albo
- jest od niej częściowo niezależne (np. potwierdzenie przez podmiot zewnętrzny – sąd, trybunał arbitrażowy lub powołanego eksperta – faktu niewłaściwego wykonania umowy, uzależnienie wypłaty świadczenia przez gwaranta od bezsporności roszczenia inwestora w stosunku do wykonawcy prac)¹⁹.

W przypadku umieszczenia takich warunków w umowie mamy do czynienia z tzw. gwarancją warunkową (rzadziej nazywaną dokumentową), co dla beneficjenta gwarancji jest niezwykle niekorzystne, gdyż utrudnia mu dochodzenie wypłaty od ubezpieczyciela, a nawet może prowadzić do całkowitego uwolnienia się ubezpieczyciela od odpowiedzialności. Z tego też względu bardzo częste w praktyce jest wymaganie przez inwestorów gwarancji zawierającej klauzulę bezwarunkowości.

¹⁸ *Ibidem*, s. 44.

¹⁹ Por. J. Kukiełka, D. Poniewierka, *Ubezpieczenia finansowe. Gwarancje ubezpieczeniowe. Ubezpieczenia transakcji kredytowych*, Oficyna Wydawnicza „Branta”, Bydgoszcz 2003, s. 81.

2.4. Określenie podmiotu upoważnionego do wykonywania uprawnień z gwarancji

Uprawnionym do uzyskania świadczeń z tytułu gwarancji jest zamawiający, który ogłosił dany przetarg publiczny i który musi zawsze być wskazany w jej treści – beneficjentem gwarancji nie może być jej okaziciel²⁰. Jak twierdzi Sąd Apelacyjny w Warszawie, z uwagi na charakter gwarancji (Sąd odwoływał się do gwarancji bankowej, ale przez analogię dotyczy to także gwarancji ubezpieczeniowej) „gwarant [...] musi znać beneficjenta gwarancji”, gdyż zagrożeniem płynącym z braku określenia beneficjenta gwarancji byłaby możliwość wielokrotnego wykorzystywania takiej gwarancji bez wiedzy gwaranta²¹.

Z uwagi na typ zabezpieczanych umów podstawowych o charakterze inwestycyjnym w obszarze infrastruktury krajowej, a w konsekwencji przez wzgląd na najczęściej bardzo dużą wartość tych prac, regulacje p.z.p. stanowią główny punkt odniesienia przy zawieraniu gwarancji ubezpieczeniowych. Tymczasem gwarancje ubezpieczeniowe w zakresie tzw. umów z zamówień prywatnych mają za podstawę jedynie ustalenia indywidualne stron stosunku gwarancyjnego i praktykę. Warto jednak pamiętać, że ta ostatnia często sięga do rozwiązań wprowadzonych w p.z.p. z braku adekwatnych przepisów ustawowych dla zamówień prywatnych²².

3. Dodatkowe klauzule stosowane w kontraktowych gwarancjach ubezpieczeniowych z perspektywy beneficjenta

Chcąc uregulować w umowie gwarancji kwestie nieokreślone przepisami prawa, strony tej umowy mogą bazować na wypracowanych przez praktykę rozwiązaniach, a zwłaszcza na stosowanych powszechnie klauzulach dookreślających obowiązki i uprawnienia podmiotów zaangażowanych w umowę. Z uwagi na sprzeczność interesów stron umowy gwarancji, a także przez wzgląd na to, że propozycja zapisów gwarancji ubezpieczeniowych jest co do zasady najczęściej przedstawiana przez zakład ubezpieczeń, beneficjent gwarancji musi zachować szczególną czujność, akceptując jej kształt. Powinien on świadomie forsować w negocjacjach z ubezpieczycielem lub zleceniodawcą gwarancji wprowadzenie takich zapisów, które najlepiej zabezpieczają jego interesy. Przedstawione poniżej wybrane klauzule mają z perspektywy beneficjenta gwarancji szczególne znaczenie, zwłaszcza jeśli wziąć pod uwagę pewność zabezpieczenia, jego kompletność oraz łatwość dochodzenia roszczeń od gwaranta.

3.1. Klauzula nieodwoływalności lub odwoływalności gwarancji

Zgodnie z treścią art. 61 § 1 zd. 2 k.c. odwołanie oświadczenia woli jest skuteczne, o ile doszło do osoby, której miało być złożone, jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Jeżeli zatem odwołanie gwarancji ubezpieczeniowej zostało złożone beneficjentowi równocześnie z doręczeniem mu umowy gwarancji lub wcześniej – należy je uznać za skuteczne. *A contrario* po doręczeniu umowy gwarancji beneficjentowi jest ona co do zasady nieodwoływalna, chyba że zostałoby to wprost wpisane w jej treści. Niekiedy gwarancje przewidują ich odwołalność tylko przez określony czas lub do momentu przedstawienia gwarantowi określonej dokumentacji (np. do czasu zawarcia umowy podstawowej lub do chwili przedłożenia jej gwarantowi). Wprowadzenie klauzuli odwoływalności gwarancji jest niekorzystne dla beneficjenta, gdyż zmniejsza pewność zabezpieczenia jego interesów.

²⁰ *Ibidem*, s. 115.

²¹ Orzeczenie SA w Warszawie z dnia 21 lutego 1997 r. (II Aka 368/96, Apel.-W-wa 1997, nr 4, poz. 16).

²² Por. J. Kukiełka, D. Poniewierka, *op. cit.*, s. 140 i 145.

3.2. Klauzula zapłaty „na pierwsze żądanie”

Klauzula taka zastrzega odpowiedzialność gwaranta, gdyż obowiązek świadczenia przez niego jest wymagalny w takim wypadku już z chwilą zgłoszenia mu żądania zapłaty przez beneficjenta i powinien zostać wykonany bezzwłocznie (co nie oznacza konieczności wypłaty świadczenia natychmiast, ale uwzględnia czas potrzebny zakładowi ubezpieczeń na realizację żądania²³; realny termin zapłaty sumy gwarancyjnej w praktyce nie powinien przekraczać 30 dni). Nie ma przy tym znaczenia fakt, czy rezultat zabezpieczony gwarancją się ziścił, a tym samym czy żądanie zapłaty jest zasadne²⁴. Klauzula na „pierwsze żądanie” ma bowiem zastosowanie do gwarancji bezwarunkowych, w których gwarant nie dokonuje oceny stosunków prawnych z umowy podstawowej zabezpieczonej gwarancją. Znaczenie ma jedynie spełnienie wymagań formalnych związanych z przedłożeniem gwarantowi żądania zapłaty.

3.3. Klauzula identyfikacyjna

Żądanie beneficjenta musi zostać złożone przez osoby umocowane do zaciągania w jego imieniu zobowiązań majątkowych, co weryfikuje gwarant. W tym celu może on jednak – poprzez zastosowanie klauzuli identyfikacyjnej – wprowadzić dodatkowy wymóg formalny, zgodnie z którym składający żądanie zapłaty ma obowiązek złożenia określonych dokumentów na potwierdzenie właściwej reprezentacji²⁵. W szczególności wypłata świadczenia może zależeć od przedstawienia aktualnego odpisu z KRS, przy czym dodatkowo gwarant może wymagać notarialnego potwierdzenia za zgodność z oryginałem karty wzorów podpisów²⁶. W razie tego typu zastrzeżeń beneficjent powinien upewnić się, że spełnienie wymogu będzie możliwe. Przykładowo bowiem zagraniczny podmiot będący beneficjentem gwarancji, który nie funkcjonuje w KRS, nie mógłby nigdy przedstawić odpisu z tego rejestru. Zaletą klauzuli identyfikacyjnej jest jednak zapewnienie gwarantowi szybkiej weryfikacji osób podpisujących żądanie zapłaty, co przekłada się na skrócenie okresu potrzebnego na wypłatę świadczenia. Klauzula ta nie jest zatem zapisem niekorzystnym dla beneficjenta gwarancji, o ile tylko upewni się on, że spełnienie jej warunków jest możliwe, i będzie pamiętać o złożeniu właściwych dokumentów wraz z żądaniem zapłaty.

3.4. Klauzula redukująca

Niekiedy gwarancje przewidują zastosowanie klauzuli redukującej zobowiązanie gwaranta o ustaloną z góry kwotę lub opisowo, np. „o spłaconą kwotę”²⁷. Do wspomnianego zmniejszenia wysokości sumy gwarancyjnej może dojść z nastaniem konkretnego dnia lub z momentem wystąpienia określonego zdarzenia (które powinno zostać potwierdzone w sposób wskazany w treści gwarancji)²⁸. Warto w tym miejscu dodać, że obniżenie zobowiązania gwaranta nie wymaga żadnych czynności prawnych, ale jest automatyczne (dojdzie do niego nawet wtedy, jeśli dniem redukcji jest dzień ustawowo wolny od pracy)²⁹. Jeżeli jednak moment gwarancji jest

²³ Wyrok SN z dnia 30 czerwca 2011 r. (III CSK 282/10, LEX nr 898707).

²⁴ Por. G. Tracz, *op. cit.*, s. 232; uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 16 kwietnia 1993 r. (III CZP 16/93, OSNCP 1993, nr 10, poz. 166).

²⁵ Por. R. Holly (red.), *Gwarancja ubezpieczeniowa*, „Gazeta Ubezpieczeniowa” 2003, nr 20 (215), dodatek specjalny, s. IV.

²⁶ Por. I. Heropolitańska, B. Andrzejuk, *op. cit.*, s. 146.

²⁷ *Ibidem*, s. 127.

²⁸ *Ibidem*, s. 126; R. Holly, *op. cit.*, s. IV.

²⁹ Por. I. Heropolitańska, B. Andrzejuk, *op. cit.*, s. 128.

wskazany w inny sposób niż poprzez określenie konkretnej daty, fakt zajścia zdarzenia powodującego redukcję powinien być udokumentowany w sposób wskazany w treści gwarancji. Jest to dodatkowy wymóg, który – w przypadku zastosowania tej z natury niekorzystnej dla beneficjenta klauzuli – pozwala ograniczyć możliwość powstania sporu co do aktualnej wysokości zobowiązania gwaranta³⁰. Szczególnej ostrożności wymaga zastosowanie klauzul redukujących zobowiązanie „o spłaconą kwotę” w wypadku zabezpieczenia danego kontraktu poprzez kilka umów gwarancyjnych, gdyż może to doprowadzić do zmniejszenia sumy gwarancyjnej we wszystkich gwarancjach, w których takie klauzule występują, o kwotę wypłaconą z tytułu jednej z gwarancji. Jest to rozwiązanie niezwykle niekorzystne dla beneficjenta, gdyż poprzez wypłatę z jednej tylko gwarancji w skrajnym wypadku może nawet dojść do wygaśnięcia wszystkich pozostałych umów gwarancyjnych³¹.

3.5. Klauzula nakazująca uzgadnianie zmian w umowie podstawowej

Ubezpieczyciele niechętnie godzą się wypłacać świadczenie niezależnie od zmian wprowadzanych w umowie podstawowej, bowiem tego typu zmiany mogą tworzyć warunki niekorzystne dla zleceniodawcy wystawienia gwarancji, zwiększające ryzyko niewywiązania się przez niego z umowy, a tym samym uprawdopodobniające wypłatę świadczenia z tytułu gwarancji. Niekiedy gwarant zastrzega, iż jego odpowiedzialność odnosi się wyłącznie do danego kształtu umowy podstawowej. Jest to rozwiązanie bardzo niekorzystne dla beneficjenta gwarancji, z uwagi na aspekty praktyczne i niejednokrotnie występującą niemożność uniknięcia zmian w umowie na realizację ważnych obiektów infrastrukturalnych. Dlatego też często wprowadza się klauzulę nakazującą uzgodnienie przez strony gwarancji zmian w umowie podstawowej³². Klauzula ta może zarówno przewidywać konieczność uzyskania zgody zakładu ubezpieczeń na utrzymanie ważności gwarancji pomimo wprowadzenia zmian w zabezpieczanej umowie, jak również – co jest zdecydowanie korzystniejsze dla beneficjenta gwarancji – wprowadzać jedynie obowiązek poinformowania gwaranta o zaistniałej modyfikacji.

3.6. Klauzula przedłużająca

Może się zdarzyć, że ustalenie daty ostatecznego zakończenia realizacji prac jest na etapie przetargu czy nawet zawierania umowy niemożliwe. W takim wypadku najlepiej jest dla beneficjenta, aby gwarancja obowiązywała „aż do wykonania zobowiązania”³³, czego może jednak nie zaakceptować zakład ubezpieczeń, gdyż w praktyce niebezpiecznie dla niego zbliża to taką gwarancję do gwarancji bezterminowej. Z uwagi na powyższe data wygaśnięcia gwarancji bywa niekiedy określana na podstawie najbardziej w danym momencie prawdopodobnego harmonogramu realizacji. Jeżeli jednak faktyczny okres prac się przedłuży, beneficjent gwarancji może w takim wypadku pozostać bez ochrony. Rozwiązaniem jest wprowadzenie klauzuli określającej przypadki, w których okres ważności gwarancji się wydłuża. Może to następować automatycznie – co jest bardzo korzystne dla beneficjenta – lub wydłużenie czasu trwania gwarancji może zależeć od decyzji zakładu ubezpieczeń, co nie zapewnia beneficjentowi pewności zachowania ciągłości tego zabezpieczenia³⁴. Inną możliwość niesie ze sobą zastosowanie klauzuli *extend or*

³⁰ *Ibidem*, s. 127.

³¹ *Ibidem*, s. 127–128.

³² *Ibidem*, s. 129–130.

³³ *Ibidem*, s. 136.

³⁴ *Ibidem*, s. 137.

pay³⁵, która pozwala świadomemu przedłużających się prac beneficjentowi gwarancji zwrócić się w określonych w umowie sytuacjach do zakładu ubezpieczeń z alternatywnym żądaniem: zapłaty sumy gwarancyjnej lub przedłużenia terminu obowiązywania zabezpieczenia³⁶. Treść klauzul przedłużających może też określać maksymalny termin przedłużania ważności gwarancji oraz dokumenty, jakie należy przedstawić na potwierdzenie zajścia zdarzeń warunkujących przedłużenie.

3.7. Klauzula wskazująca przyczyny wygaśnięcia gwarancji

Co do zasady gwarancja ubezpieczeniowa wygasa wraz z upływem terminu jej ważności. Praktyką jest jednak wskazywanie także innych przyczyn zakończenia okresu jej obowiązywania, takich jak: zwrócenie oryginału gwarancji ubezpieczycielowi przed upływem jej ważności, należyte wykonanie robót określonych w umowie podstawowej, zwolnienie gwaranta przez beneficjenta gwarancji ze zobowiązań będących przedmiotem gwarancji przed jej wygaśnięciem, zwolnienie wykonawcy umowy podstawowej zabezpieczonej gwarancją ze zobowiązań z niej wynikających przed wygaśnięciem gwarancji. W kontekście zwolnienia gwaranta lub wykonawcy z ich zobowiązań beneficjent powinien w szczególności doprecyzować w umowie gwarancji dogodną dla niego, a jednocześnie możliwie bezpieczną formę takiego zwolnienia. Ma to na celu unikanie ewentualnych sporów co do istnienia zobowiązań – czy to z tytułu umowy podstawowej, czy umowy gwarancyjnej.

Pojedyncze słowo w umowie gwarancji ma niekiedy niezwykle istotne konsekwencje. Właśnie dlatego umiejętne stosowanie klauzul dodatkowych w gwarancjach ubezpieczeniowych pozwala beneficjentowi w możliwie najlepszy sposób zabezpieczyć się przed skutkami niespełnienia przez wykonawcę jego zobowiązań.

Podsumowanie

Przeciwstawne interesy zakładu ubezpieczeń jako gwaranta i inwestora jako zamawiającego sprawiają, że uzgodnienie satysfakcjonującej obie strony treści gwarancji jest niezwykle trudne. Sytuację dodatkowo komplikuje fakt, iż bardzo często negocjacje z ubezpieczycielem prowadzi nie sam inwestor, ale wykonawca, na którym spoczywa obowiązek zapewnienia gwarancji, a który jest zainteresowany przede wszystkim treścią umowy zlecenia wystawienia gwarancji, a nie samej umowy gwarancyjnej. W odniesieniu do tej ostatniej wykonawca zwraca uwagę jedynie na te zapisy, których konieczność wystąpienia zamawiający wprost przewidział w umowie podstawowej lub których konsekwencje może odczuć sam na podstawie odpowiednich postanowień umowy zlecenia wystawienia gwarancji. Wydaje się zatem, iż w celu możliwe najlepszego zabezpieczenia swoich interesów, a tym samym minimalizacji ryzyka finansowego związanego z niezrealizowaniem inwestycji, beneficjent gwarancji powinien przede wszystkim w odpowiedni sposób skonstruować wymogi dotyczące akceptowalnej przez niego gwarancji ubezpieczeniowej, a ponadto zaangażować się w negocjacje z ubezpieczycielem (choćby za pośrednictwem wykonawcy prac) na etapie zawierania umowy gwarancji. Tylko taki sposób działania pozwala mu w pełni kontrolować kształt umowy, która ma go chronić, co ma szczególne znaczenie w przypadku kapitałochłonnych strategicznych inwestycji infrastrukturalnych.

Należy jednak podkreślić, iż inwestor, wprowadzając do umowy podstawowej wymagania dotyczące gwarancji należytego wykonania zobowiązań wykonawcy, musi pamiętać o uwzględ-

³⁵ Por. R. Bertrams, *Bank guarantees in international trade*, Kluwer Law International, Haga 2004, s. 252.

³⁶ Por. I. Heropolitańska, B. Andrzejuk, *op. cit.*, s. 135.

nieniu realnej możliwości uzyskania określonych zapisów na rynku ubezpieczeniowym. Niestety, wiele z najbardziej korzystnych dla zamawiającego postanowień jest w praktyce nie do zaakceptowania przez zakłady ubezpieczeń. Przede wszystkim istotne jest zatem posiadanie przez inwestora świadomości stosowanych w gwarancji ubezpieczeniowej zapisów oraz ich konsekwencji po to, by zabezpieczenie na wypadek niewykonania czy niewłaściwego wykonania jego inwestycji nie miało charakteru jedynie iluzorycznego. Ustępstwa wobec zakładu ubezpieczeń przy wypracowywaniu kształtu gwarancji są jednak nieuniknione – tylko w ten sposób może dojść do osiągnięcia kompromisu pomiędzy podmiotami o sprzecznych interesach. Kluczem wydaje się być prowadzona przez wyspecjalizowane w tym zakresie osoby dogłębna analiza treści gwarancji, pozwalająca na forsowanie kluczowych z perspektywy beneficjenta zapisów oraz wyważenie, które z mniej korzystnych dla niego rozwiązań wprowadzonych przez ubezpieczyciela są jeszcze możliwe do zaakceptowania. Tylko taki model zastosowania gwarancji ubezpieczeniowych uzyskiwanych od wykonawców inwestycji zapewnia skuteczny transfer części ryzyka inwestora na ubezpieczyciela, pozwalając tym samym zarządzającemu przedsięwzięciem na faktyczne ograniczenie ryzyka finansowego.

Bibliografia

- Bazan A., Nowicki J.E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, <http://sip.lex.pl/#/komentarz/587365085/479882/prawo-zamowien-publicznych-komentarz>.
- Bertrams R., *Bank guarantees in international trade*, Kluwer Law International, Haga 2004.
- Heropolitańska I., Andrzejuk B., *Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Holly R. (red.), *Gwarancja ubezpieczeniowa*, „Gazeta Ubezpieczeniowa” 2003, nr 20 (215).
- Jakubecki J., Mojak J., Niezbecka E., *Prawne zabezpieczenie kredytów*, Lubelskie Wydawnictwo Prawnicze, Lublin 1996.
- Kukiełka J., Poniewierka D., *Ubezpieczenia finansowe. Gwarancje ubezpieczeniowe. Ubezpieczenia transakcji kredytowych*, Oficyna Wydawnicza „Branta”, Bydgoszcz 2003.
- Pyziak-Szafnicka M., *Gwarancja autonomiczna*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1994, nr 2.
- Szpunar A., *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, LEX, Sopot 1997.
- Tracz G., *Umowa gwarancji ze szczególnym uwzględnieniem gwarancji bankowej*, Zakamycze, Kraków 1998.
- Urząd Zamówień Publicznych, *Podwyższenie wartości umowy o zamówienie publiczne a wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/umowa-w-sprawie-zamowienia-publicznego/podwyzszenie-wartosci-umowy-o-zamowienie-publiczne-a-wysokosc-zabezpieczenia-nalezyczego-wykonania-umowy>.
- „Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze” nr 15.
- Żuławska C., *Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji*, (w:) Pyziół W. (red.), *Studia z prawa gospodarczego i handlowego. Księga pamiątkowa ku czci profesora Stanisława Włodyki*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Kraków 1996.

Summary of the article

Surety bonds as risk management tool for infrastructure investments from the perspective of an obligee

The article contains analysis of interdependence among the quality of securing investor's interests by use of surety bond and the wording of such surety bond, which due to lack of statutory regulations (aside from certain issues concerning application of the Public Procurement Law Act) almost completely relies on the agreement between insurer and obligee based on the freedom of contract principle and taking into account general regulations of Polish Civile Code Act concerning contract law. As it is of crucial significance to properly construct requirements applying to surety bond in the investment contract and to consciously negotiate the conditions offered by the insurer – features of surety bonds, their essentialia negotii and additional clauses developed by practice have been analysed in terms of advantages and risk for the surety bond obilgee.

Keywords: surety bond, infrastructure investment.

Mgr **Marta Meisner**, broker ubezpieczeniowy i reasekuracyjny, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu oraz studiów podyplomowych „Ubezpieczenia gospodarcze” Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu.