

Rola gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej jako zabezpieczenia należytego wykonania umowy w zamówieniach publicznych na roboty budowlane

Adam Wąsowski

Budownictwo jest istotnym działem polskiej gospodarki. Szacuje się, że roczna wartość produkcji wypracowana w tym dziale stanowi około 12% PKB⁵⁴², co daje kwotę ok. 156 mld złotych. Z tego ok. 28% stanowią zamówienia publiczne na roboty budowlane⁵⁴³. Wydatkowanie środków publicznych przyczynia się zatem w znaczący sposób do kształtowania kondycji tego sektora. Celem artykułu jest zaprezentowanie roli, jaką w procesie realizacji zamówień publicznych na roboty budowlane pełnią regulacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a w szczególności omówienie tendencji w zakresie stosowania dwóch wybranych instrumentów, a mianowicie gwarancji bankowej i gwarancji ubezpieczeniowej.

Istota zabezpieczenia należytego wykonania umowy w zamówieniach publicznych na roboty budowlane

Fakt, że zamawiający podejmując się udzielenia zamówienia publicznego działa w interesie szeroko pojętej zbiorowości obywateli jest bezsprzeczny. Związane z tym wydatkowanie środków publicznych powinno być zatem przedmiotem ochrony. Jedną, aczkolwiek nie jedyną z jej form jest ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sposób nakazany przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity - Dz. U. nr 113, poz.759 z 2010 r., w skrócie p.z.p.).

Rolę, jaką pełnić ma zabezpieczenie należytego wykonania umowy zapisano w art. 147-151 ustawy p.z.p. W uproszczeniu przyjąć można, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest swego rodzaju kaucją, która daje zamawiającemu możliwość zaspokojenia swoich roszczeń na wypadek nie wywiązania się przez wykonawcę ze zobowiązania zawartego w treści umowy, poprzez pokrycie roszczenia z sumy wniesionego przez wykonawcę zabezpieczenia. Ustanowione w przedstawiony sposób zabezpieczenie gwarantuje ściągalność ewentualnych roszczeń

⁵⁴² Na podstawie danych GUS za 2013 rok, udział wartości produkcji budowlano-montażowej w wartości PKB (PKB w cenach czynników produkcji)

⁵⁴³ *Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2013 r.*, <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/GetFile1.aspx?attid=7824>, 12.08.2014

zamawiającego⁵⁴⁴. Wymusza to na wykonawcy troskę o spełnienie świadczenia w sposób ustalony w umowie. Podkreśla się także, że nie ma konieczności, aby zamawiający chcąc skorzystać ze swoich uprawnień z tytułu wniesionego zabezpieczenia musiał wstępować na drogę sądową⁵⁴⁵. Co ważne, jeżeli wykonawca jest jednocześnie gwarantem, zabezpieczenie służy także pokryciu roszczeń związanych z udzieloną rękojmią za wady.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy może być ustanowione bezpośrednio przez wykonawcę lub przez działający na jego rzecz podmiot trzeci (w takim przypadku podmiot ten zaspokoiwszy żądania zamawiającego staje się względem wykonawcy uprawniony do stosownego roszczenia regresowego).

Na gruncie ustawy p.z.p wprowadzenie do treści umowy o zamówienie publiczne, w tym do umowy na roboty budowlane⁵⁴⁶, obowiązku wniesienia zabezpieczenia zależy wyłączenie od woli zamawiającego, nie podlegając przy tym negocjacji z wykonawcą⁵⁴⁷. Zabezpieczenie ustala się w granicach od 2% do 10% w stosunku do ceny całkowitej podanej w ofercie (wraz z podatkiem VAT) albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy (art. 150 ust. 2 p.z.p.).

Z perspektywy zamawiającego w zasadzie jedyną wadą stosowania zapisów umownych dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest odzwierciedlenie kosztów jego finansowania przez wykonawcę w cenie oferty. Mając jednak na uwadze dużą różnorodność instrumentów mogących służyć wykonawcy jako zabezpieczenie (o czym szerzej dalej), a nade wszystko pewność co do terminowości wypłaty zobowiązania publicznego zamawiającego, można uznać, że wykonawcy tak kalkulują swoje oferty, iż ewentualny wzrost ceny jest nieznaczny⁵⁴⁸.

Formy wniesienia zabezpieczenia

Prawo zamówień publicznych w art. 148 ust. 1 przewiduje jako podstawowe następujące formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy:

⁵⁴⁴ Z.J. Boczek, Realizacja inwestycji budowlanych w systemie zamówień publicznych oraz procedury FIDIC, Szczecin 2012, s. 60

⁵⁴⁵ Należności jakie mogą być pokryte środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:690>, 12.08.2014.

⁵⁴⁶ Odnosząc się do zapisów ustawy p.z.p., pojęcie robót budowlanych można rozumieć jako trzy odrębne procesy:
1) wykonanie robót budowlanych, 2) zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych zlecane jednemu Wykonawcy (w ramach tego samego procesu inwestycyjnego), 3) realizacja obiektu budowlanego przez podmiot trzeci, zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego, w której to sytuacji Wykonawca zobowiązuje się wobec Zamawiającego do dostarczenia gotowego obiektu budowlanego.

⁵⁴⁷ M. Kania, Zamówienia Publiczne. Partnerstwo Publiczno-Prywatne. Koncesje na roboty budowlane lub usługi w prawie polskim., Warszawa 2014, s. 31

⁵⁴⁸ J. Olszewska-Stompel, M. Stompel, Prawo Zamówień Publicznych – Wybór najkorzystniejszej oferty i zawieranie umów, Warszawa 2013, s. 186

- 1) pieniądź,
- 2) poręczenie bankowe lub poręczenie spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej (z tym że zobowiązanie s.k.o.k. musi być zobowiązaniem pieniężnym),
- 3) gwarancję bankową,
- 4) gwarancję ubezpieczeniową,
- 5) poręczenie udzielane przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (ustawa z dnia 9 listopada 2000 r., tekst jednolity: Dz.U. z 2007 r. nr 42, poz. 275 z późn. zm.).

Formy te są analogiczne do form wnoszenia wadium w momencie składania oferty przetargowej przez wykonawcę. Istotnym jest, że to wykonawca dokonuje wyboru odpowiedniego – jednego, lub dowolnej kombinacji kilku sposobów zabezpieczenia. Zamawiający nie ma przy tym prawa narzucić preferowanej przez niego postaci zabezpieczenia. Jednak to od decyzji zamawiającego zależy, czy dopuści wniesienie zabezpieczenia w formach dodatkowo przewidzianych w art. 148 ust. 2 p.z.p., a mianowicie:

- 6) wekslem, z poręczeniem wekslowym banku lub s.k.o.k.,
- 7) poprzez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samochodu terytorialnego,
- 8) poprzez ustanowienie zastawu rejestrowego (na zasadach określonych w odrębnych przepisach).

W zamówieniach dotyczących robót budowlanych najczęstsze zastosowanie mają zabezpieczenie pieniężne oraz gwarancja bankowa i gwarancja ubezpieczeniowa⁵⁴⁹. Gwarancje te, ze względu na swą złożoność i przydatność dla praktyki gospodarczej, zostaną poddane dalszej analizie.

Gwarancja bankowa

Gwarancja bankowa jest zabezpieczeniem ustanowionym na piśmie, na mocy którego bank (jako gwarant) zobowiązuje się spełnić świadczenie na rzecz zamawiającego (beneficjenta gwarancji), w przypadku gdy wykonawca (zleceniodawca gwarancji), nie wykona zobowiązania w terminie określonym w umowie. Szczegółowe zasady udzielania gwarancji przez bank reguluje art. 80-83 oraz art. 87 prawa bankowego (ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r., Dz.U. 1997 nr 140 poz. 939 z późn. zm.).

W przeciwieństwie do poręczenia, gwarancja bankowa nie zależy od długu głównego. Oznacza to, że nieważność zobowiązania będącego przedmiotem gwarancji nie ma wpływu na

⁵⁴⁹ W. Płóciennik, Bariery małych i średnich przedsiębiorstw na rynku zamówień publicznych w Polsce — analiza systemowa, [w:] A. Borowicz (red.), Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych, Łódź 2010, s. 192

zobowiązanie banku (gwaranta). Gwarancja bankowa wygasa z dwóch powodów – upływu terminu jej obowiązywania oraz zaspokojenia roszczeń zamawiającego (beneficjenta gwarancji) poprzez wypłatę sumy gwarancyjnej. Ze względu na warunki gwarancji, rozróżniamy kilka jej rodzajów. Najczęściej występuje przy tym podział na gwarancje bezwarunkowe i warunkowe oraz nieodwołalne i odwołalne.

Gwarancja bezwarunkowa jest formą gwarancji, w której płatność sumy gwarancyjnej następuje zawsze na pierwsze żądanie zamawiającego (jako beneficjenta gwarancji), bez konieczności wykazania istnienia roszczenia. Z kolei w przypadku gwarancji warunkowej mamy do czynienia z precyzyjnym określeniem okoliczności, od wystąpienia których zależy realizacja roszczenia na rzecz uprawnionego z gwarancji podmiotu, a także dokumentów, które należy załączyć w chwili realizacji gwarancji.

Gwarancję nieodwołalną (występującą najczęściej) charakteryzuje to, że nie może być ona odwołana lub też zmieniona bez zgody uprawnionego z gwarancji. Z kolei gwarancja odwołalna przewiduje swą treścią okoliczność, w której na mocy jednostronnego oświadczenia woli może być ona skorygowana lub np. sytuację, w której ogranicza się odpowiedzialność gwaranta, włączając w to zupełne uchylenie się od tej odpowiedzialności.

Podsumowując, gwarancję bankową jako jeden z rodzajów zabezpieczenia wykonania umowy o roboty budowlane w zamówieniach publicznych charakteryzują następujące cechy⁵⁵⁰:

- jest jednostronnym zobowiązaniem banku,
- ma charakter abstrakcyjny (jest oderwana od umowy łączącej beneficjenta i zleceniodawcę gwarancji, czyli zamawiającego i wykonawcę),
- muszą być w niej określone warunki płatności,
- żądanie przez beneficjenta zapłaty z tytułu gwarancji powinno być sporządzone we wskazanej w gwarancji formie,
- świadczenie z gwarancji jest świadczeniem pieniężnym,
- świadczenie na rzecz beneficjenta jest realizowane przez bank (gwaranta) bezpośrednio lub za pośrednictwem innego banku.

Dla zrozumienia istoty tej formy zabezpieczenia ważne jest także przeanalizowanie reguł, którymi rządzą się procesy udzielania gwarancji. Poniżej przytoczone zostaną wybrane zapisy z regulaminu udzielania gwarancji bankowych jednego z dużych banków⁵⁵¹:

- *„Podstawowym warunkiem udzielenia przez Bank gwarancji jest posiadanie przez*

⁵⁵⁰ K. Padrak, R. Padrak, Zabezpieczenie należytego wykonania umowy o zamówienie publiczne, „Finanse Komunalne”, 11/2006, s. 54

⁵⁵¹ Regulamin udzielania gwarancji bankowych i poręczeń w Nordea Bank Polska S.A., <http://www.nordea.pl>, 02.05.2014.

Zleceniodawcę zdolności kredytowej.”

- *„Bank ma prawo zażądać od Zleceniodawcy zabezpieczenia udzielonej gwarancji przewidzianego prawem cywilnym i/lub wekslowym.”*

- *„Za czynności związane z udzieleniem i obsługą gwarancji Bank pobiera, zgodnie z obowiązującą w Banku Tabelą Opłat i Prowizji Bankowych, następujące rodzaje prowizji:*

- 1. prowizję przygotowawczą - naliczaną od kwoty udzielonej gwarancji, pobieraną z góry i płatną najpóźniej w dniu wystawienia gwarancji*

- 2. prowizję gwarancyjną - liczoną w okresie ważności gwarancji procentowo od kwoty gwarancji za każdy rozpoczęty trzymiesięczny okres ważności gwarancji*

- 3. prowizję od aneksu pobieraną w przypadku zmian warunków gwarancji, regwarancji lub poręczenia.”*

- *„Bank każdorazowo informuje Zleceniodawcę o otrzymaniu roszczenia z tytułu wystawionej gwarancji, jednakże podważenie przez Zleceniodawcę zasadności roszczenia nie jest dla Banku wiążące i ma on prawo dokonać zapłaty do wysokości gwarantowanej kwoty.”*

- *„Zgodnie z umową o udzielenie gwarancji, Zleceniodawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Banku kwoty, którą Bank zapłaci Beneficjentowi z tytułu ewentualnego roszczenia.”*

Wystawiając gwarancję bank działa na zlecenie wykonawcy. Podejmując się zatem tej czynności musi trzymać się ściśle zawartości złożonego przez wykonawcę wniosku. Treść gwarancji, do momentu jej wystawienia, może być przedmiotem ustaleń między stronami (najczęściej gwarantowi, za pośrednictwem zleceniodawcy gwarancji, przekazywane są uwagi beneficjenta). Gwarant odpowiada tylko za treść gwarancji, którą zadeklarował, a zgoda na zaakceptowanie danego brzmienia gwarancji zależy od jego wyłącznej woli. Gwarant nie ponosi odpowiedzialności za odmowę przyjęcia gwarancji w danym brzmieniu przez beneficjenta. Treść gwarancji po jej wystawieniu może być zmieniona jedynie w drodze aneksu⁵⁵².

Gwarancja ubezpieczeniowa

Przyjęło się, że w swojej konstrukcji gwarancja ubezpieczeniowa zbliżona jest do umowy ubezpieczenia uregulowanej w art. 805 Kodeksu Cywilnego (ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r., Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93, z późn. zm.). Poprzez zawarcie takiej umowy, ubezpieczyciel zobowiązuje się spełnić określone świadczenie w przypadku wystąpienia przewidzianego w umowie wypadku,

⁵⁵² E. Gubernat, *Gwarancje bankowe w obrocie gospodarczym*, [w:] Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, Nr 12, Wrocław 2008, s. 83

natomiast ubezpieczający zobowiązuje się uiścić składkę⁵⁵³. Gwarancja ubezpieczeniowa jako taka nie jest jednak uregulowana ustawowo. Jest to rodzaj wypracowanej przez praktykę gospodarczą umowy, czerpiącej z możliwości nadanych przez różne regulacje i wpisującej się w swobodę zawierania umów. W przypadku, gdy gwarancja ubezpieczeniowa jest formą zabezpieczenia w postępowaniu o zamówienie publiczne, jej treść opiera się na zobowiązaniu zakładu ubezpieczeń (gwaranta) do wypłaty na rzecz zamawiającego (beneficjenta) określonej sumy pieniędzy w przypadku zajścia przewidzianego umową warunku, którym najczęściej jest niewywiązanie się przez wykonawcę z jego zobowiązań wynikających z umowy z zamawiającym. Gwarancja ubezpieczeniowa jest zatem instrumentem bardzo podobnym do gwarancji bankowej⁵⁵⁴. Również w aspekcie warunków jej udzielania występują podobieństwa, co znajduje odzwierciedlenie w treści zapisów Ogólnych Warunków Umów o Gwarancje Ubezpieczeniowe jednego z czołowych towarzystw ubezpieczeniowych⁵⁵⁵:

- *„Zawarcie umowy o gwarancję ubezpieczeniową poprzedzone jest oceną zdolności płatniczej Zobowiązanego, dokonaną przez Ubezpieczyciela w oparciu o przedłożone przez Zobowiązanego dokumenty i informacje. W przypadku negatywnej oceny Ubezpieczyciel uprawniony jest do odmowy zawarcia umowy”.*

- *„Jako zabezpieczenie ewentualnych roszczeń Ubezpieczyciela wobec Zobowiązanego z tytułu umowy o gwarancję ubezpieczeniową ustanowione zostaną na rzecz Ubezpieczyciela określone w umowie o gwarancję ubezpieczeniową prawnie dopuszczalne zabezpieczenia majątkowe w szczególności takie jak:*

1. *weksel własny niezupełny wraz z deklaracją wekslową,*
2. *weksel poręczony niezupełny wraz z deklaracją wekslową,*
3. *przewłaszczenie rzeczy ruchomych,*
4. *przelew wierzytelności,*
5. *zastaw rejestrowy,*
6. *hipoteka.”*

Jak wynika z powyższych zapisów (podobnie jak z przytoczonych wcześniej warunków dotyczących gwarancji bankowych) udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej poprzedzone jest oceną zdolności zleceniodawcy gwarancji do ewentualnego zaspokojenia roszczenia regresowego, co miałyby miejsce w momencie skorzystania z gwarancji przez beneficjenta. Ocenie poddaje się także

⁵⁵³ K. Ostrowska, *Zabezpieczenie wykonania umowy w prawie zamówień publicznych – cz. I*, [w:] Lex online, poz. 139808

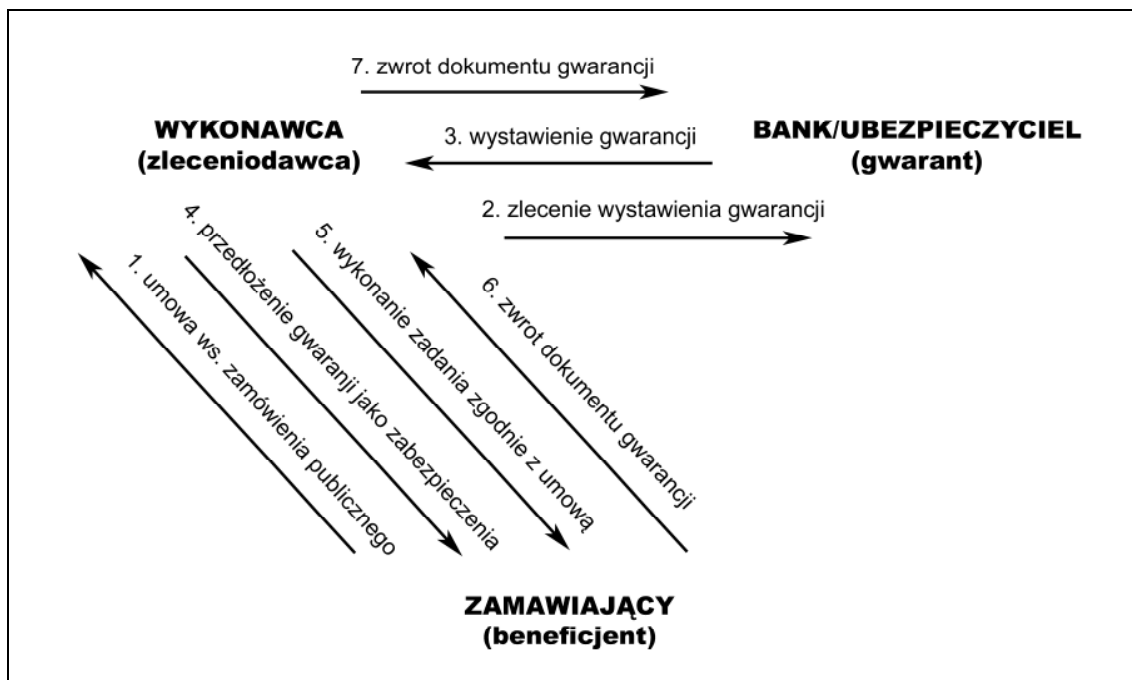
⁵⁵⁴ I. Tomaszewska, *Trendy Rozwojowe na rynku ubezpieczeń finansowych w Polsce*, [w:] Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu, nr 143, Poznań 2010, s. 412

⁵⁵⁵ *Ogólne Warunki Umów o Gwarancje Ubezpieczeniowe Ergo Hestia (FI/OW036/1011)*, https://www.ergohestia.pl/items/korporacja/owu/owu_gwarancji_-_036_1011.pdf, 20.09.2014.

ryzyko związane z kontraktem łączącym wykonawcę i zamawiającego, a ocena ta przebiega dwutorowo. Z jednej strony badane są dokumenty zleceniodawcy, m.in.: dokumenty rejestrowe, zaświadczenia o braku zaległości w ZUS i US, opinie banków, bilans, rachunek zysków i strat, rachunek przepływów pieniężnych i in. Z drugiej strony analizowany jest sam przedmiot umowy łączącej wykonawcę z zamawiającym. Weryfikacji podlega tu umowa, protokoły odbioru robót, harmonogramy i in. Równolegle sprawdzana jest także zdolność wnioskodawcy do realizacji danego kontraktu (posiadanie potencjału technicznego, intelektualnego i referencje z poprzednich realizacji). Celem nadrzędnym wszystkich powyższych analiz jest nabranie przez gwaranta przeświadczenia, graniczącego z pewnością, że nie dojdzie do okoliczności skutkującej wypłatą gwarancji⁵⁵⁶.

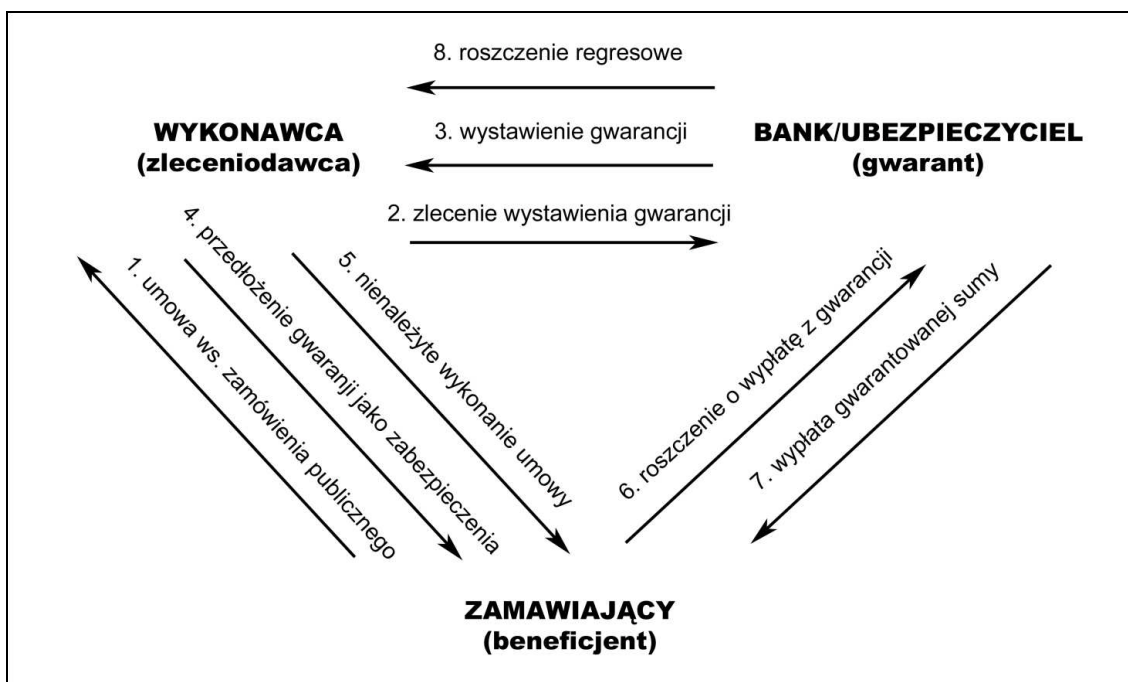
Zarówno w przypadku gwarancji bankowej, jak i gwarancji ubezpieczeniowej relacja związana z gwarantowaniem jest relacją trójstronną. Obejmuje ona powiązania pomiędzy bankiem lub ubezpieczycielem (gwarant), wykonawcą (zleceniodawca gwarancji) oraz zamawiającym (beneficjent gwarancji). Relację tę zaprezentowano na poniższych schematach.

Schemat 1. Relacje związane z gwarantowaniem - umowa wykonywana należycie



źródło: opracowanie własne

556. A. Jańska, *Ocena ryzyka w procesie udzielania ubezpieczeniowych gwarancji kontraktowych*, [w:] Copernican Journal of Finance & Accounting, 2013, volume 2, issue 1, s. 100

Schemat 2. Relacje związane z gwarantowaniem - nienależyte wykonanie umowy

źródło: opracowanie własne

W sytuacji, gdy zamówienie jest wykonane zgodnie z umową, nie dochodzi do bezpośredniego kontaktu zamawiającego z gwarantem (Schemat 1). Natomiast w momencie, gdy w ocenie zamawiającego dochodzi do niewywiązywania się wykonawcy z umowy, zwraca się on bezpośrednio do banku lub ubezpieczyciela z roszczeniem o wypłatę gwarancji, a ten z kolei wywiązawszy się ze swojego zobowiązania, występuje z roszczeniem regresowym do wykonawcy (schemat 2).

Trendy na budowlanym rynku zamówień publicznych w związku ze stosowaniem gwarancji instytucji finansowych

Gwarancje instytucji finansowych (banków i towarzystw ubezpieczeniowych) przynoszą stosującym je podmiotom gospodarczym szereg istotnych korzyści, przede wszystkim⁵⁵⁷:

- firma korzystająca z gwarancji może swobodnie dysponować własnymi środkami finansowymi unikając konieczności wnoszenia ich jako bezpośredniej formy zabezpieczenia;
- uprzednio wniesione kaucje lub dokonane przez zamawiającego potrącenia z należnych faktur mogą być zamienione na gwarancję, co skutkuje błyskawicznym odblokowaniem środków;

⁵⁵⁷ A. Jańska, *Ocena...*, dz.cyt., s. 94; A. Skrodzki, *Wybrane produkty bankowe jako czynnik ograniczania ryzyka w małej i średniej firmie* [w:] *Studia i prace kolegium zarządzania i finansów SGH, Zeszyt Naukowy 95*, Warszawa 2009, s. 156

- poprawa płynności finansowej pozwala zainwestować wolne środki i przyczynić się może do rozwoju przedsiębiorstwa;
- zwiększenie płynności finansowej w sposób bezpośredni przekłada się także na wzrost zdolności do konkutowania ze względu na możliwość uczestnictwa jednocześnie w wielu postępowaniach przetargowych;
- pozyskanie gwarancji jest tożsame z przejściem przez proces weryfikacji i kontroli sytuacji finansowej przedsiębiorstwa, a zatem podmiot który jest w stanie ją zdobyć zyskuje swego rodzaju „premię wizerunkową” związaną z potwierdzeniem przez instytucję finansową jego stabilnej sytuacji ekonomicznej.

Praktyka gospodarcza pokazuje, że mogą się zdarzyć sytuacje nadużywania gwarancji przez zamawiającego (beneficjenta). Pokusą ku temu może być niejednokrotnie postawa gwaranta, którego rola na pierwszy rzut oka ogranicza się tylko do badania pod kątem formalnym wymaganych w gwarancji dokumentów mających potwierdzać roszczenie beneficjenta z tytułu gwarancji. Nieuzasadnione żądanie beneficjenta może być przy tym nacechowane jego ewidentną złą wolą lub też istnieniem różnic w ocenie realizacji umowy między nim, a zleceniodawcą gwarancji (wykonawcą kontraktu). Teoretycznym rozwiązaniem w tego typu sytuacji jest spełnienie przez gwaranta świadczenia i dochodzenie swojego interesu z zabezpieczeń ustanowionych przez zleceniodawcę gwarancji. Tenże zleceniodawca, o ile roszczenie beneficjenta faktycznie było nieuzasadnione i poniósł szkodę, ma podstawę do dochodzenia odszkodowania od beneficjenta na drodze sądowej. O ile jednak w większości przypadków taka postawa gwaranta jest uzasadniona, to w sytuacji, w której jest on pewny, że ma do czynienia z nadużyciem gwarancji, powinien odmówić beneficjentowi wypłaty⁵⁵⁸.

Kolejną z możliwych do wystąpienia anomalii w związku z procesem udzielania gwarancji, dotyczącą rynku gwarancji ubezpieczeniowych, jest możliwość występowania swego rodzaju szantażu. Stali klienci danego towarzystwa ubezpieczeniowego, korzystający z wielu jego produktów mają niekiedy tendencję do grożenia zakończeniem współpracy, jeśli nie otrzymają gwarancji pod kontrakt, na którym im zależy. Ubezpieczyciel jest tu w o tyle trudnej sytuacji, że proces udzielania gwarancji wiąże się z oceną ryzyka, w tym ryzyka sytuacji finansowej wnioskodawcy, podczas gdy umowy ubezpieczeń majątkowych przeważnie pozbawione są przeprowadzania takiej analizy. Z drugiej strony może pojawić się sytuacja, w której ubezpieczyciel uzależnia wydanie gwarancji od tzw. *cross-selling'u*, czyli możliwości zaproponowania dodatkowych produktów, np. ubezpieczenia OC wykonawcy lub tzw. ubezpieczenia wszystkich ryzyk budowy. Oba zaprezentowane przypadki

⁵⁵⁸ A. Zacharzewski, *Nadużycie gwarancji bankowej przez jej beneficjenta*, „Prawo Bankowe”, 2006, zeszyt 11, s. 37

rodzaj ryzyko podejmowania przez ubezpieczyciela decyzji w oparciu o przesłanki niezwiązane z oceną ryzyka, które podejmuje wystawiając dokument gwarancyjny⁵⁵⁹.

Jako niekorzystne zjawisko, skorelowane z dającymi się zaobserwować trudnościami sektora budowlanego, należy uznać sytuację, w której zabezpieczenie należytego wykonania umowy stanowi barierę w dostępie do zamówień publicznych dla małych i średnich przedsiębiorstw, borykających się z problemem finansowania bieżącej działalności. Aspektem blokującym wejście do sektora zamówień publicznych jest w tym przypadku niski poziom własnych oszczędności i problemy z płynnością finansową. Czynniki te uniemożliwiają zaangażowanie własnego kapitału jako zabezpieczenia wykonania umowy oraz czynią relatywnie drogim i nieopłacalnym wspomaganie tego procesu przez instytucje finansowe, których gwarancje i poręczenia z powyższych względów są dla takich przedsiębiorstw trudne do uzyskania. Praktyka rynku zamówień publicznych pokazuje przy tym, że choć zamawiający nie muszą żądać zabezpieczenia, to robią to przeważnie w górnych granicach przewidzianych limitów. Prowadzi to do dysproporcji w wielkości podmiotów chcących i mogących ubiegać się o zamówienie⁵⁶⁰.

Zakończenie

Poprzez stosowanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy zamawiający ma za zadanie dyscyplinowanie wykonawcy robót budowlanych. Relacja ta jest asymetryczna. Zamawiający daje sobie prawo do jednostronnego kształtowania stosunku umownego, chroniąc głównie interes własny. Można jednak przyjąć, że ze względu na fakt, że zamówienia w sektorze publicznym są obciążone niskim ryzykiem niewypłacalności zamawiającego, interes wykonawcy realizującego takie zamówienia także jest chroniony. Istnienie oprócz pieniądza także innych instrumentów, w tym omówionych w artykule gwarancji bankowych i ubezpieczeniowych, które wykonawca może wykorzystać w celu wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, pozwala mu uniknąć okresowego zamrożenia znacznych sum, sięgających nawet do 10% całkowitej ceny wykonania zamówienia. Te z pozoru proste do zastosowania narzędzia cechuje jednak niska dostępność dla małych i średnich przedsiębiorców, co podobnie jak zabezpieczenie pieniężne, stanowi nierzadko dla tej grupy barierę przy ubieganiu się o zamówienia publiczne.

⁵⁵⁹ A. Jańska, *Ocena...*, dz.cyt., s. 99

⁵⁶⁰ K. Ostrowska, *Zabezpieczenie...*, dz.cyt.

Streszczenie

Artykuł omawia rolę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, odnosząc się w szczególności do problematyki zamówień publicznych na roboty budowlane. W publikacji przedstawiono dwa podstawowe instrumenty mogące służyć jako zabezpieczenie – gwarancję bankową i gwarancję ubezpieczeniową. Autor analizuje szczegółowo istotę i konstrukcję tych form zabezpieczenia. W końcowej części opracowania zasygnalizowane są możliwe do wystąpienia ryzyka nadużyć ze strony zamawiającego w stosowaniu uprawnień wynikających z przedmiotowych gwarancji oraz bariery w ich stosowaniu widziane z perspektywy wykonawcy.

Summary

The article discusses the role of the performance bond, referring in particular to the issue of public procurement of construction works. The paper presents the two basic instruments which can secure the contract - a performance bond issued by a bank and a performance bond issued by an insurance company. The author analyzes in detail the nature and structure of these forms of protection. In the final part of the study the risk of abuse by the Employer in the application of rights resulting from these bonds is indicated. Barriers to their use as seen from the perspective of the Contractor are also mentioned.