

„Pułapki słowne” w treści umów gwarancyjnych zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a skuteczność dochodzenia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Zagadnienia obejmujące problematykę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, regulują art. 147 – 151 Prawa zamówień publicznych (Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku, Dz. U. nr 19 poz. 177 ze zmianami),

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, ma służyć Zamawiającemu na pokrycie ewentualnych roszczeń, wynikających z zawartej umowy w przypadku niewywiązania się przez Wykonawcę z postanowień umowy.

Art. 147 ust. 1 Ustawy – Prawo zamówień publicznych zawiera sformułowanie o uprawnieniu Zamawiającego do żądania od Wykonawcy takowego zabezpieczenia, natomiast ust. 3 cytowanego wyżej aktu prawnego, zawiera „katalog” zamówień objętych obowiązkiem żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy może być wnoszone według wyboru Wykonawcy (art. 148 ust. 1) w jednej lub w kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Natomiast za zgodą Zamawiającego (art. 148 ust. 2) zabezpieczenie może być wnoszone również:

- 1) w wekslach z poręczeniem wekslowym banku;
- 2) przez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego;
- 3) przez ustanowienie zastawu rejestrowego na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów.

W trakcie realizacji umowy Wykonawca może dokonać zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 1 (formy zabezpieczenia zależne od wyboru Wykonawcy). Natomiast zmiana formy zabezpieczenia, o których mowa w art. 148 ust. 2, może nastąpić jedynie za zgodą Zamawiającego, jednakże pod warunkiem, że na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w wymogach SIWZ dopuścił również tą formę zabezpieczenia. Zmiana formy zabezpieczenia jest dokonywana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszenia jego wysokości (art. 149 ust. 1-3).

Wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania Zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe. Zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania Zamawiającego wynikającego z umowy (art. 150 ust. 1-2).

Jeżeli okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok, zabezpieczenie, za zgodą Zamawiającego, może być tworzone przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane. W takim przypadku, w dniu zawarcia umowy Wykonawca jest obowiązany wnieść co najmniej 30% kwoty

zabezpieczenia, natomiast pozostała część kwoty zabezpieczenia potrącana jest z faktur i wpłacana na rachunek bankowy. Pełna kwota zabezpieczenia musi wpłynąć na rachunek Zamawiającego najpóźniej przed upływem połowy okresu na który zawarto umowę (art. 150 ust. 3-6).

Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należycie wykonane. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia. Zabezpieczenie z tytułu rękojmi lub gwarancji zwracane jest nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji jakości (art. 151 ust. 1-3).

Prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający ma obowiązek przedstawić Wykonawcom - w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - szczegółowe wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 36 ust. 1 pkt. 20). Natomiast art. 36 ust. 1 pkt. 19 nakłada na Zamawiającego obowiązek określenia formalności, które powinny zostać dopełnione przez wybranego Wykonawcę (po wyborze oferty), w celu zawarcia umowy w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego. W tychże dwóch „rozdziałach” Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający winien szczegółowo określić:

- termin wniesienia zabezpieczenia,
- jego procentową wartość (w odniesieniu do ceny oferty lub maksymalnego zobowiązania Zamawiającego wynikającego z umowy – gdy w ofercie podano ceny jednostkowe),
- dopuszczalne formy tego zabezpieczenia,
- wskazanie rachunku bankowego, na który ma zostać wpłacona kwota zabezpieczenia (w przypadku formy gotówkowej zabezpieczenia),
- wskazanie najistotniejszych elementów, które winny zawierać umowy poręczenia lub gwarancji,
- zasady zwrotu zabezpieczenia,
- procentową wartość zabezpieczenia pozostawioną na poczet ewentualnych roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości.

Przykładowy zapis rozdziału XX SIWZ (wymagania dot. zabezpieczenia należytego wykonania umowy).

- „1. Wybrany Wykonawca zobowiązany będzie w terminie do dnia podpisania umowy, wnieść zabezpieczenie jej należytego wykonania w wysokości ...% podanej ceny ofertowej, w jednej z form określonych w art. 148 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych.
2. Zamawiający **nie wyraża zgody** na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formach określonych w art. 148 ust. 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych.
3. Zabezpieczenie wnoszone w postaci poręczenia lub gwarancji musi zawierać następujące elementy:
 - 1) Nazwę Wykonawcy i jego siedzibę (adres),
 - 2) Nazwę Beneficjenta (Zamawiającego),
 - 3) Nazwę Gwaranta lub Poręczyciela,
 - 4) Określać wiarygodność, która ma być zabezpieczona gwarancją,
 - 5) Sformułowanie zobowiązania Gwaranta do **nieodwołalnego i bezwarunkowego zapłacenia kwoty zobowiązania na pierwsze żądanie zapłaty**, w przypadku gdy Wykonawca:
 - a) nie wykonał robót budowlanych w terminie wynikającym z umowy,
 - b) wykonał roboty budowlane objęte umową z nienależytą starannością.

Gwarant nie może także uzależnić dokonania zapłaty od spełnienia jakichkolwiek dodatkowych warunków lub też od przedłożenia jakiejkolwiek dokumentacji. W przypadku przedłożenia gwarancji nie zawierającej wymienionych elementów, bądź posiadającej jakiejkolwiek dodatkowe zastrzeżenia, Zamawiający uzna, że Wykonawca nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

4. Z chwilą zaistnienia przynajmniej jednego z wymienionych w pkt. 3 ppkt. 5 lit. a i b przypadków, Zamawiający wystąpi do gwaranta z pisemnym żądaniem zapłacenia kwoty stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy. **Żądanie zawierać będzie uzasadnienie faktyczne i prawne.**
5. Zamawiający zastrzega, że 30 % wniesionego zabezpieczenia pozostanie na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości, zgodnie z art. 151 ust. 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych.”

Precyzyjne określenie tychże wymagań jest o tyle ważne, że ma skutkować w przyszłości odpowiedniemu zabezpieczeniu interesów Zamawiającego, wydającego przecież pieniądze publiczne. Brak takich uregulowań może pozbawić Zamawiającego w przyszłości możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w przypadku gdy Wykonawca przedstawi w swojej ofercie dokument poręczenia lub gwarancji zawierający klauzule zmuszające Zamawiającego do wykonania czynności niemożliwych w praktyce do spełnienia. Przyjęcie przez Zamawiającego dokumentów gwarancyjnych zawierających w swej treści postawione mu „warunki”, może także spotkać się z uwagami organów kontrolnych, przeprowadzających kontrole zamówień publicznych i narazić zamawiających na zarzut naruszenia przepisów dotyczących dyscypliny finansów publicznych.

Poniżej przedstawiam kilka przykładów najczęstszych sformułowań, które pojawiają się w treści umów gwarancyjnych.

Przykład 1:

„Na podstawie niniejszej gwarancji zapłacimy na Waszą rzecz, kwotę roszczenia w terminie 14 dni od dnia otrzymania kompletnego wezwania do zapłaty, w którym znajdzie się wasze oświadczenie, że firma (...) pomimo pisemnego wezwania skierowanego do niej, w którym określono rodzaj uchybień oraz sposób i termin ich usunięcia, nie wykonała zobowiązania.”

W powyższym cytacie zawarte zostało pojęcie „*kompletne wezwanie*”, które może być rozumiane odmiennie przez każdą ze stron umowy gwarancyjnej. Termin ten nie został nigdzie dookreślony w tej umowie, w zakresie słowa „kompletne”. Przy takim zapisie umowy, Gwarant może zażądać dołączenia do wezwania, dokumentów niemożliwych do przedstawienia przez Zamawiającego i tym samym uchyli się od zapłaty roszczeń.

Przykład 2:

„Wypłata zobowiązania gwarancyjnego uzależniona jest od dostarczenia Gwarantowi następujących dokumentów:
(...) oświadczenia Zobowiązanego o uznaniu wad lub opinia biegłego sądowego o powstaniu wad i ich rozmiarze”.

Cytowany zapis umowy zawiera „warunek” w praktyce niemożliwy do spełnienia przez Zamawiającego, gdyż zazwyczaj wystąpi spór pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, w związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami w wykonaniu zamówienia. Jeżeli Zobowiązany wykonał przedmiot umowy nienależycie, a następnie nie usunął usterek w ustalonym zakresie i terminie do czego musiał zostać wezwany, to z pewnością nie podpisze oświadczenia o uznaniu wad. Podobnie jest z ekspertyzą biegłego, która jest procedurą kosztowną i długotrwałą, mogącą w praktyce wykroczyć poza termin „ważności” gwarancji.

Przykład 3:

„Wezwanie do zapłaty musi zostać złożone do Gwaranta za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Beneficjenta umowy, który potwierdzi, że podpisy widniejące na wezwaniu zostały złożone w ważny sposób i należą do osób uprawnionych do składania oświadczeń majątkowych w imieniu Beneficjenta.”

Przytoczona treść umowy nie powinna być zaakceptowana przez Zamawiającego ze względu na fakt, że banki prowadzące rachunki Zamawiających, nie spełniają cytowanego w przykładzie „warunku”, gdyż przepisy regulujące działalność tych instytucji, nie zezwalają im na uczestniczenie w czynnościach prawnych, dotyczących posiadacza rachunku z podmiotami trzecimi. Przyjęcie takiego zapisu gwarancji spowoduje, że Gwarant zawarł w umowie „warunek” będący podstawą do uchylenia się od zapłaty roszczeń.

Przykład 4:

„1. Towarzystwo Ubezpieczeń (...) gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach określonych w niniejszej gwarancji, zapłatę bezspornych należności:

- a. w okresie od do – w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy nr z dnia
- b. w okresie od do – w związku z nieusunięciem lub nienależytym usunięciem wad i usterek z tytułu gwarancji jakości lub rękojmi za wady,

które to należności nie zostały zapłacone przez Zobowiązanego.

2. Przez *należności bezsporne* należy rozumieć należności co do których Zobowiązany nie zgłosił zastrzeżeń. Niniejszą gwarancją w żadnym razie nie są objęte sporne należności, nawet jeżeli stały się bezsporne, po upływie ważności gwarancji.”

Cytowany zapis umowy jest także niemożliwy do przyjęcia przez Zamawiającego, gdyż najczęściej żądane należności będą właśnie *sporne*. Aby wystąpić do Gwaranta o zapłatę roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, najprawdopodobniej wystąpi spór pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, w związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami w wykonaniu zamówienia. Istnieje prawdopodobieństwo, że Wykonawca może zgłosić Gwarantowi swoje zastrzeżenia i Gwarant ma podstawę do uchylenia się od zapłaty roszczeń z tytułu gwarancji.

Przykład 5:

„Towarzystwo Ubezpieczeniowe gwarantuje nieodwołalnie i bez stawiania warunków, *poza przewidzianymi w gwarancji*, zapłatę należności (...)”.

Zapewnienie Gwaranta o nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłacie roszczeń z tytułu gwarancji, które przywołuje Gwarant w pierwszej części cytowanego zapisu, będzie zapewnieniem bez pokrycia, jeżeli w dalszej treści umowy gwarancyjnej zawrze choćby jedno sformułowanie, zawierające w swej treści „warunek” nakładający na Zamawiającego wykonanie dodatkowych – często niemożliwych do zrealizowania - czynności lub dołączenie bliżej nieokreślonej dokumentacji, wraz ze zgłoszeniem roszczeń o zapłatę kwoty zabezpieczenia.

Powyższe przykłady mogą jedynie w niewielkim zakresie zobrazować poruszaną problematykę. Dlatego też bardzo ważnym jest, aby w dokumentach „przetargowych” jasno i precyzyjnie określać wymogi stawiane dokumentom gwarancyjnym. Natomiast na etapie oceny ofert, należy wnikliwie przeanalizować treść umów gwarancyjnych, aby ustalić czy załączona umowa pozwoli w przyszłości skorzystać Zamawiającemu z przysługujących mu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia umownego.