

EUGENIUSZ KOWALEWSKI
WŁADYSŁAW WOJCIECH MOGILSKI

Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego

Przedmiotem opracowania jest kwestia skuteczności gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej wadium w przetargu o uzyskanie zamówienia publicznego. Ocenę skutków prawnych gwarancji ograniczono do sytuacji, gdy do przetargu staje wspólnie kilku wykonawców tworzących konsorcjum, ale tylko jeden z członków konsorcjum przedstawia zabezpieczenie ewentualnych roszczeń zamawiającego w postaci ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej.

Autorzy dowodzą, iż gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona na zlecenie tylko jednego z członków konsorcjum wykonawców nie stanowi wystarczającego zabezpieczenia interesów zamawiającego. Z uwagi na imienne oznaczenie w gwarancji wykonawcy (zlecającego gwarancję), zamawiający nie uzyska wypłaty sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą dotyczyły wykonawcy (członka konsorcjum), który nie był objęty gwarancją. Niewłaściwe rozumienie tych kwestii może prowadzić do perturbacji i kontrowersji w dziedzinie zamówień publicznych, gdzie stosowanie gwarancji ubezpieczeniowych jest bardzo rozpowszechnione.

Słowa kluczowe: gwarancja ubezpieczeniowa, konsorcjum, zamówienia publiczne.

Wprowadzenie

Zainteresowanie tytułową kwestią zrodziło się na tle konkretnego stanu faktycznego, w którym o uzyskanie zamówienia publicznego ubiegały się dwa konsorcja, z tym że wadium złożone przez jedno z nich miało postać gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej na zlecenie tylko jednego z konsorcjantów. Takie wadium zostało zakwestionowane przez drugie z konsorcjów jako niewystarczające. Krajowa Izba Odwoławcza uznała taką gwarancję wadialną za ważną. Sąd okręgowy natomiast po rozpoznaniu sprawy uznał, że ubezpieczeniowa gwarancja wadialna wystawiona na zlecenie jednego z konsorcjantów nie ma skutków prawnych wobec konsorcjum jako grupy wykonawców.

Niniejsze opracowanie ma charakter głównie dogmatyczny. Wydaje się jednak, że z uwagi na powszechne stosowanie gwarancji wadialnych, tematyka ta może być interesująca dla szerszego grona odbiorców mających styczność z problematyką zamówień publicznych.

Kluczową jest kwestia, czy gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona na zlecenie tylko jednego wykonawcy (członka konsorcjum) jest wystarczającym zabezpieczeniem ryzyka zamawiającego, z uwagi na sposób identyfikacji wykonawcy.¹ Chodzi o to, czy w związku z imiennym oznaczeniem wykonawcy (zlecającego gwarancję) zamawiający będzie mógł uzyskać sumę gwarancyjną, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tego wykonawcy należącego do konsorcjum, który nie jest objęty tą gwarancją.

W płaszczyźnie prawa cywilnego do rozważenia jest zagadnienie, czy występowanie kilku wykonawców ze wspólną ofertą przetargową w formie owego „konsorcjum” kreuje ich solidarną odpowiedzialność (por. art. 370 k.c.), a szerzej, czy zawiązanie takiego konsorcjum wywiera skutki prawne wobec osób trzecich. Taką osobą trzecią jest między innymi gwarant (np. bank, zakład ubezpieczeń).

Dla dalszych rozważań konieczne będzie sięgnięcie do dwóch kluczowych instytucji prawnych. Pierwszą jest umowa konsorcjum jako forma wspólnego ubiegania się kilku wykonawców o uzyskanie zamówienia publicznego, drugą zaś – gwarancja ubezpieczeniowa, wykorzystywana jako forma wadium w takim postępowaniu.

1. Charakter prawny konsorcjum wykonawców

1.1. Pojęcie konsorcjum

W praktyce zamówień publicznych termin „konsorcjum” jest używany na określenie wspólnego ubiegania się kilku wykonawców o udzielenie zamówienia.² Jest to skrótowa forma ustawowego terminu „wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia” (art. 23 ust. 1 p.z.p.). Istotą takiego konsorcjum jest zobowiązanie się jego członków do współdziałania dla osiągnięcia określonego celu gospodarczego. Konsorcjum jako takie nie jest jednak samodzielnym podmiotem praw i obowiązków, odrębnym od poszczególnych konsorcjantów. Nie jest również trwałym związkiem gospodarczym, gdyż najczęściej jego członkowie łączą siły dla jednorazowego przedsięwzięcia, np. uzyskania zamówienia publicznego. Motywem tworzenia konsorcjum jest zwykle dążenie do zwiększenia potencjału technicznego, osobowego i finansowego jego członków, w celu zwiększenia szans na osiągnięcie zakładanego sukcesu, w szczególności – wygrania przetargu. W praktyce występują w tej formie zarówno spółki cywilne, jak i podmioty wcześniej ze sobą niepowiązane.

Umowa konsorcjum należy do kategorii umów nienazwanych, zawieranych zgodnie z zasadą swobody umów (art. 353¹ k.c.). Choć ma ona pewne cechy umowy spółki (art. 860 i nast. k.c.),

1. Należy zwrócić uwagę na wieloznaczność terminu „wykonawca”, występującą w literaturze, a nawet w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO). Raz za wykonawcę uznaje się konsorcjum, innym razem – poszczególnych konsorcjantów. Terminologia ta ma źródło w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 ze zm.] – dalej w skrócie „p.z.p.”, która w art. 23 ust. 3 nakazuje przepisy dotyczące wykonawcy stosować odpowiednio do wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia.
2. Por. m.in. A. Malinowski, *Prawo zamówień publicznych z komentarzem oraz aktami szczegółowymi*, INFOR, Warszawa 2010, s. 34 i nast.

wykazuje jednak zasadnicze różnice. Chodzi przede wszystkim o brak wkładów, co powoduje, że w konsorcjum nie powstaje wspólny majątek konsorcjantów, a zatem (inaczej niż w spółce cywilnej) nie ma samodzielnych zobowiązań konsorcjum, co rzutuje na jego działalność zewnętrzną. Można powiedzieć, że w sferze zewnętrznej członkowie konsorcjum (konsorcjanci) działają samodzielnie lub przez pełnomocników. Podzielamy dominujący w tym zakresie pogląd, iż solidarna odpowiedzialność wspólników przewidziana w art. 864 k.c. nie może być odnoszona do tak rozumianego konsorcjum.³

1.2. Zakres solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów

W sferze zamówień publicznych źródłem solidarności członków konsorcjum jest art. 141 p.z.p., **zgodnie z którym wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy**. Z przepisu tego wynika, że zasada odpowiedzialności solidarnej odnosi się do relacji między konsorcjum (jako wykonawcą) a zamawiającym, a więc nie wywiera skutków prawnych wobec osób trzecich.

Podstawową cechą konsorcjum jest wspólne ponoszenie ryzyka związanego z realizacją zamówienia. Należy odrzucić tezę, iż do konsorcjum mają zastosowanie przepisy k.c. dotyczące spółki, a w tym art. 370 k.c. mówiący o zobowiązaniach dotyczących wspólnego mienia. Podzielamy pogląd, iż art. 370 k.c. nie może być odnoszony do konsorcjum,⁴ konsorcjanci nie zaciągają bowiem wspólnych zobowiązań, a nadto, o czym była już mowa, ich zobowiązania nie mogą dotyczyć wspólnego mienia. Konsorcjum nie ma wspólnego majątku, a więc każdy z konsorcjantów odpowiada za długi syngularnie całym swoim majątkiem.

Nie ma wątpliwości, że w świetle art. 141 p.z.p. solidarność konsorcjantów odnosi się wyłącznie do ich odpowiedzialności na etapie wykonania umowy. *A contrario*, nie odpowiadają oni solidarnie za inne czynności w toku postępowania, w tym za wniesienie wadium. Przepis ten bywa niekiedy interpretowany w ten sposób, że członkowie konsorcjum odpowiadają solidarnie wobec zamawiającego również za zawarcie umowy, a więc jeżeli – jako najkorzystniejsza – zostanie wybrana oferta konsorcjum, wszyscy jego członkowie odpowiadają z tytułu wniesionego wadium. Taka interpretacja nie ma jednak podstaw w przepisach p.z.p.

2. Gwarancja ubezpieczeniowa

2.1. Gwarancja ubezpieczeniowa jako forma wadium

Kluczowe znaczenie dla przedmiotowej kwestii ma analiza ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej. Co do zasady, gwarancja ubezpieczeniowa jest jedną z form umowy gwarancji,⁵ a przymiot

3. Zob. zwłaszcza L. Stecki, *Konsorcjum...*, op. cit., Dom Organizatora „TNOiK”, Toruń 1997, s. 349.

4. Ibidem, s. 349–350; zob. także M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – Część ogólna*, [red. E. Łętowska], tom 5, wyd. 2, C.H. Beck, INP PAN, Warszawa 2013, s. 365 i n.

5. Na temat umowy gwarancyjnej zob. M.H. Koziński, *Gwarancje bankowe w międzynarodowym obrocie handlowym*, PIHZ 1983; S. Rudnicki, *O umowie gwarancji*, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 9/1993, s. 1 i nast.; M. Pyziak-Szafnicka, *Gwarancja autonomiczna*, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 2/1994, s. 18 i nast.; A. Szpunar, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, LEX, Sopot 1997, s. 135–178; G. Tracz, *Umowa gwarancji ze szczególnym uwzględnieniem gwarancji bankowej*, Zakamycze 1998, *passim*.

„ubezpieczeniowa” nie zmienia jej istoty prawnej.⁶ Należy zauważyć, że umowa gwarancji, mimo jej powszechnego stosowania w obrocie, nie została całościowo uregulowana w polskim prawie. W doktrynie rozważa się cały szereg zagadnień związanych z określeniem charakteru prawnego gwarancji, a ściśle – zobowiązań gwaranta, w szczególności zaś, czy gwarancja jest czynnością jednostronną, czy umową, a jeśli jest umową, czy jest to umowa nazwana, a także – czy gwarancja rodzi zobowiązania kauzalne, czy abstrakcyjne.⁷

Spośród wielu form gwarancji interesuje nas gwarancja wadium (ang. *tender bond*),⁸ której celem jest ochrona interesów zamawiającego na wypadek, gdyby oferent wygrywający przetarg nie zawarł umowy na ustalonych warunkach. W takim wypadku gwarant jest zobowiązany do wypłaty zamawiającemu umówionej sumy gwarancyjnej opiewającej na kwotę równą wadium. Dzięki temu odpada konieczność wpłaty wadium w gotówce, a więc podmiot składający ofertę nie musi blokować środków na ten cel.

Dla naszych rozważań miarodajny jest art. 45 ust. 6 p.z.p., który jako jedną z form wadium dopuszcza gwarancję ubezpieczeniową. Funkcja gwarancji ubezpieczeniowej przedkładanej jako wadium polega na tym, że zakład ubezpieczeń jako gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty sumy gwarancyjnej w razie niedopełnienia przez „zwycięzcę” przetargu jego powinności dotyczących podpisania kontraktu, przedstawienia zabezpieczeń wykonania kontraktu, itd.

Gwarancje ubezpieczeniowe dopuściła do obrotu prawnego po raz pierwszy ustawa z dnia 26 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej.⁹ W załączniku do ustawy, obejmującym działy, grupy i rodzaje ubezpieczeń, wymieniono gwarancje ubezpieczeniowe (grupa 15). Istotne znaczenie na gruncie ustawy z 1990 r. miał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 1966 r., w którym Sąd stwierdził, że „przedmiotem działalności ubezpieczeniowej prowadzonej przez zakłady ubezpieczeń i reasekuracji na podstawie ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej może być także udzielanie przez te zakłady gwarancji samoistnych, nieodwołalnych, bezwarunkowych i płatnych na pierwsze żądanie”.¹⁰ Obecnie nie ma wątpliwości, że udzielanie gwarancji ubezpieczeniowych stanowi jedną z form działalności ubezpieczeniowej. Aktualnie

6. Zob. szerzej G. Tracz, *Umowa...*, op. cit., *passim*; por. E. Kowalewski, [w:] E. Kowalewski, D. Fuchs, W.W. Mogiński, M. Serwach, *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, wyd. III, BRANTA, Bydgoszcz–Toruń 2006, s. 484–501.

7. Zob. szerzej G. Tracz, *Umowa...*, op. cit., s. 94 i nast.

8. Gwarancja wadium jest jedną z form gwarancji kontraktowej. Zgodnie z art. 2 jednolitych reguł dotyczących gwarancji kontraktowych Międzynarodowej Izby Handlowej w Paryżu „gwarancja przetargowa oznacza zobowiązanie podjęte przez bank, spółkę ubezpieczeniową lub inny podmiot (*gwarant*) na żądanie przystępującego do przetargu (*zlecniodawca*) lub zgodnie z instrukcją banku, spółki ubezpieczeniowej lub innego podmiotu (*strona udzielająca instrukcji*) na rzecz strony otwierającej przetarg (*beneficjent*), w przypadku naruszenia przez zlecniodawcę zobowiązań wynikających z przystąpienia do przetargu do dokonania jako gwarant na rzecz beneficjenta zapłaty w granicach określonej sumy pieniężnej”, por. m.in. R. Blajer, *Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe w obrocie międzynarodowym*, Fundacja Rozwoju Przedsiębiorczości w Polsce, Warszawa 1999, s. 180; J. Kukiełka, D. Poniewierka, *Ubezpieczenia finansowe. Gwarancje ubezpieczeniowe. Ubezpieczenia transakcji kredytowych*, BRANTA, Bydgoszcz–Warszawa 2003, s. 101; A. Dutkiewicz, A. Szczepkowski, *Rozliczenia międzynarodowe*, WSiP, Warszawa 1978, s. 260–261.

9. Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, ze zm.

10. Wyrok SN z dnia 16 kwietnia 1996 r. II CRN 38/96, z aprobowaną glosą M. Bączyka, „Prawo bankowe” 1997, nr 2, s. 64.

gwarancje ubezpieczeniowe są ujęte w załączniku do ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej¹¹ (Dział II. grupa 15).

Ubezpieczeniowe gwarancje przetargowe upowszechniły się po wejściu w życie ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych,¹² która nałożyła na oferentów obowiązek składania wadium, a jednocześnie wymieniła gwarancje ubezpieczeniowe jako jedną z dopuszczalnych form takiego wadium.

2.2. Przedmiot i treść gwarancji ubezpieczeniowej

Zagadnienia dotyczące konstrukcji gwarancji ubezpieczeniowej są dość szeroko znane.¹³ Można jedynie wspomnieć, że zakład ubezpieczeń jako gwarant ma wobec beneficjenta gwarancji wyłącznie zobowiązanie pieniężne, polegające na wypłacie sumy gwarancyjnej w razie braku gwarantowanego rezultatu. Nie występuje więc zastępcze wykonanie przez gwaranta zobowiązania podstawowego. Gwarancje ubezpieczeniowe pełnią – obok innych instrumentów finansowych – funkcję ochrony wiarygodności pieniężnych.¹⁴

Gwarancję ubezpieczeniową od ubezpieczeń finansowych różni abstrakcyjny i samoistny charakter zobowiązania gwaranta, niezależnego od stosunków łączących gwaranta z dłużnikiem czy dłużnika z beneficjentem. Stąd tak duża popularność gwarancji ubezpieczeniowych, które są wykorzystywane dla zabezpieczenia wielu rodzajów zobowiązań wywołujących skutki finansowe.

Gdy chodzi o charakter prawny gwarancji ubezpieczeniowej, w oparciu o brzmienie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej¹⁵ dominuje pogląd, że umowa gwarancji ubezpieczeniowej nie jest umową ubezpieczenia,¹⁶ aczkolwiek podnoszone są argumenty przemawiające za wnioskiem przeciwnym.¹⁷ Widoczna jest jednak luka w ustawowym unormowaniu gwarancji ubezpieczeniowej, która z konieczności uznawana jest za umowę nienazwaną.¹⁸

11. Tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 950.

12. Tekst jednolity: Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, z późn. zm.

13. Zob. szerzej E. Kowalewski, *Prawo...*, op. cit., s. 484 i nast.

14. Zob. R. Holly, *Ubezpieczenia finansowe i gwarancje ubezpieczeniowe*, POLTEXT, Warszawa 2003, s. 77 i nast.

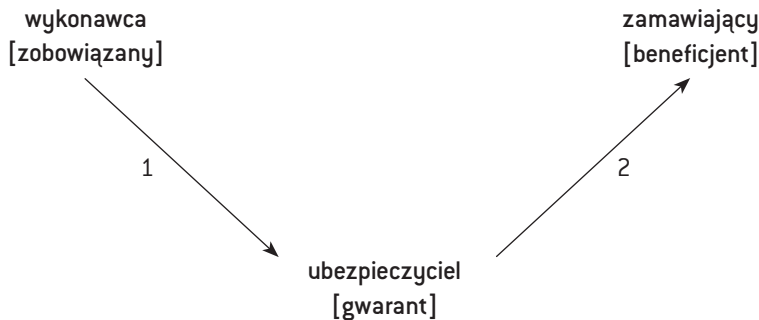
15. Tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 11, poz. 66.

16. Zob. m.in. J. Kukiełka, [w:] J. Kukiełka, D. Poniewierka, *Ubezpieczenia...*, op. cit., s. 73: „często umowa o gwarancję mylna jest z umową ubezpieczenia. Trzeba bardzo wyraźnie podkreślić, że jest to stanowisko błędne, gdyż treść zobowiązań stron w umowie o udzielenie gwarancji samoistnej uniemożliwia zakwalifikowanie jej jako umowy ubezpieczenia. (...) Świadczenie zakładu ubezpieczeń (...) polega nie na wypłacie, ale na wystawieniu uzgodnionej gwarancji (świadczenie o charakterze niepieniężnym)”.

17. Zob. zwłaszcza A. Koch, *Gwarancja ubezpieczeniowa a umowa ubezpieczenia*, [w:] *Umowa ubezpieczenia. Aktualne problemy prawne*, BRANTA, Bydgoszcz–Poznań 2005, s. 41–42. Zdaniem autora, umowa zlecenia gwarancji może być uznana za postać umowy ubezpieczenia na rzecz osoby trzeciej, albowiem zakład ubezpieczeń ma spełnić świadczenia na rzecz innej osoby (beneficjenta gwarancji); nie może to jednak dotyczyć uprawnień do wysuwania zarzutów wobec takiego beneficjenta (uznawanego za ubezpieczonego). Należy zaznaczyć, że postulowana w związku z tym zmiana art. 808 § 2 zd. 2 k.c. nie została uwzględniona w nowelizacji Kodeksu cywilnego w 2007 r.

18. Zob. R. Szostak, *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, „Przegląd Sądowy” 1999, nr 1, s. 6 i nast., tenże, *Uwagi o charakterze prawnym gwarancji ubezpieczeniowej*, [w:] *Ubezpieczenia gospodarcze. Wybrane zagadnienia prawne* [red. B. Gnela], Wolters Kluwer 2011, s. 142–143.

Stosunki umowne powstałe w związku ze zleceniem oraz udzieleniem gwarancji ubezpieczeniowej można ukazać na prostym schemacie.¹⁹



gdzie:

1 = umowa zlecenia gwarancji

2 = umowa gwarancyjna

Jak się podkreśla, gwarancja ubezpieczeniowa funkcjonuje w ramach wzorca ukształtowanego empirycznie, pod wpływem praktyki i wkładu orzecznictwa sądowego.²⁰

Umowa gwarancji musi być szczególnie precyzyjnie sformułowana i interpretowana. Wiąże się to z szerokim zakresem odpowiedzialności gwaranta. W tekście umowy gwarancji są zwykle określone relacje między zlecającym a beneficjentem, a także zobowiązania zabezpieczone gwarancją. Są to informacje mające zasadnicze znaczenie dla zakresu zobowiązań ubezpieczyciela jako gwaranta. Istotny jest *standing* zlecającego (oferenta), o czym świadczy szczegółowe badanie przed akceptacją gwarancji jego kondycji ekonomicznej oraz zdolności wykonania kontraktu.²¹

3. Skuteczność gwarancji ubezpieczeniowej członka konsorcjum

Nie powinno być wątpliwości, że w przypadku gwarancji wadialnej wystawionej na zlecenie tylko jednego spośród uczestników konsorcjum (zwanego dalej zobowiązanym) roszczenia z tytułu takiej gwarancji powstają w razie zaistnienia określonych okoliczności dotyczących wyłącznie tego zobowiązanego. Chodzi w szczególności o sytuacje, gdy zobowiązany, którego oferta została wybrana, odmawia podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub z przyczyn leżących po jego stronie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe. Zamawiający w wezwaniu do wypłaty sumy gwarancyjnej musi potwierdzić zaistnienie jednego z tych zdarzeń.

19. Pominęliśmy tu stosunek podstawowy łączący zamawiającego i wykonawcę jako wierzyciela i dłużnika, który rodzi konieczność zabezpieczenia interesów zamawiającego wynikających z tego stosunku, zob. G. Tracz, *Umowa...*, op. cit., s. 85 i nast.

20. Zob. R. Szostak, *Uwagi...*, op. cit., s. 144 i tam omówione wyroki Sądu Najwyższego, m.in. z dnia 16 grudnia 2009 r. [I CSK 281/09, OSNC 2010, poz. 92] oraz z dnia 10 lutego 2010 r., [V CSK 233/09, OSNC 2010, poz. 146].

21. Zob. szerzej J. Kukielka, D. Poniewierka, *Ubezpieczenia...*, op. cit., s. 93–100.

Nie ma problemu, gdy wadium jest wpłacane w gotówce. Wątpliwości pojawiają się w przypadku gwarancji (bankowej lub ubezpieczeniowej) składanej przez konsorcjantów. Kontrowersje budzi sytuacja, gdy gwarancja wadialna została wystawiona na zlecenie tylko jednego z konsorcjantów. Bardzo ważne są sformułowania warunków zamówienia (SIWZ). W praktyce zakres gwarancji ubezpieczeniowej wynika z zapisów tych warunków. Najczęściej zawierają one zastrzeżenia, aby jako zleceniodawca gwarancji był wskazany „wykonawca”, co jak już wspomniano, może być różnie rozumiane. W razie wspólnej oferty składanej przez konsorcjum wykonawców może powstać kontrowersja co do podmiotowego zakresu gwarancji, a w szczególności, czy wystarczająca jest gwarancja wystawiona na zlecenie tylko jednego konsorcjanta, skoro kontrahentem zamawiającego jest konsorcjum jako grupa podmiotów.

Zarówno stanowisko doktryny, jak i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) oraz sądów powszechnych jest dość zróżnicowane. Często gwarancję wniesioną w terminie i określającą wymagane przypadki utraty wadium uznaje się za skuteczną także wówczas, gdy została wystawiona tylko na jednego z uczestników konsorcjum. Takie stanowisko (odnośnie gwarancji bankowej) wyraziła np. KIO w wyroku z dnia 4 maja 2011 r.²² Zdaniem Izby, dla właściwego zabezpieczenia interesów zamawiającego nie ma znaczenia, czy gwarancję zleca jeden, czy wszyscy konsorcjanci. Zaniechania każdego z wykonawców składających wspólną ofertę (np. odmowa zawarcia umowy) mają bowiem skutek wobec nich wszystkich, a więc zamawiający nie może wykluczyć konsorcjum, które wniosło gwarancję wadialną wystawioną na jednego z jego członków. Trudno nam zgodzić się z takim stanowiskiem.

Jednym z częściej cytowanych jest wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu, który rozpoznał sprawę gwarancji ubezpieczeniowej zawierającej zapis, iż zakład ubezpieczeń wypłaci wadium tylko wówczas, jeśli wskazany członek konsorcjum nie dokona czynności skutkującej utratą wadium, np. nie podpisze umowy. Powstała wątpliwość, czy jeśli umowy nie podpisze konsorcjant, na którego gwarancja nie opiewa, zakład ubezpieczeń może odmówić wypłaty sumy gwarancyjnej. Sąd okręgowy uznał taką gwarancję za ważną, podkreślając, iż „gwarancja zapłaty wadium przez konsorcjum wystawiona na rzecz jednego członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum”²³, albowiem wykonawcy ubiegający się wspólnie o uzyskanie zamówienia powinni być traktowani jak jeden wykonawca, a zobowiązany do zawarcia umowy jest konsorcjum, zaś odpowiedzialność konsorcjantów jest solidarna (art. 370 k.c. w zw. z art. 366 k.c. i art. 14 p.z.p.).

Naszym zdaniem przytoczone stanowisko sądu nie zasługuje na aprobatę, gdyż nie ma oparcia w przepisach ustawy. Cytowany art. 141 p.z.p. ogranicza solidarną odpowiedzialność konsorcjantów do etapu wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego jej wykonania, a więc nie dotyczy ich odpowiedzialności za skutki przeszkód w zawarciu samej umowy. Nie można podzielić stanowiska, jakoby przepisy Kodeksu cywilnego (stosowane z mocy art. 14 p.z.p. do postępowania o udzielenie zamówienia) pozwalały przyjęć, iż członkowie konsorcjum odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie do zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty. Zastrzeżenia budzi zwłaszcza uzasadnienie sugerujące, iż złożenie oferty przez konsorcjum jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego wspólnego mienia konsorcjantów w rozumieniu art. 370 k.c., powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania

22. KIO/UZP 810/11.

23. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 10 czerwca 2006 r. (II Ca 489/06).

zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Poza dyskusją jest fakt, iż konsorcjum żadnego wspólnego mienia nie posiada ani nie tworzy.²⁴

Kwestia ta ma istotne znaczenie nie tylko ze względów formalnoprawnych, ale i pragmatycznych. Nie tyle chodzi o wadliwość gwarancji, ile o jej nieskuteczność jako wadium. W razie wezwania do realizacji gwarancji z przyczyn leżących po stronie konsorcjanta, który nie został objęty gwarancją, ubezpieczyciel najprawdopodobniej odmówi wypłaty, gdyż na podstawie umowy gwarancji jest on zobowiązany do świadczenia na rzecz beneficjenta w sytuacjach opisanych w umowie, odnoszących się wyłącznie do wskazanego tam imiennie wykonawcy (zleceniodawcy gwarancji). **Z uwagi na formalizm gwarancji,²⁵ jakkolwiek interpretacja rozszerzająca jest niedopuszczalna.**

Taki scenariusz można przewidzieć w każdej sytuacji, w której przy ubieganiu się o zamówienie publiczne przez konsorcjum gwarancję wadialną składa tylko jeden z konsorcjantów. W sensie materialnoprawnym taka gwarancja ubezpieczeniowa nie będzie miała skutków zabezpieczających w stosunku do pozostałych członków konsorcjum, w sensie gospodarczym natomiast nie zabezpieczy w wystarczający sposób interesów zamawiającego, które w przetargach dotyczących zamówień publicznych powinny być głównym punktem odniesienia. Pośrednio wiąże się to z ogólniejszą tendencją do eksponowania pozycji ubezpieczonych, czyli osób, na których rachunek są zawierane umowy ubezpieczenia.²⁶

5. Kontekst praktyczny – niebezpieczeństwo „patologii” przetargowej

W praktyce często zdarza się, że podmiot ubiegający się o uzyskanie intratnego zamówienia publicznego nie jest w stanie przedstawić wymaganego zabezpieczenia (np. w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej) z uwagi na niski potencjał ekonomiczny, słabą pozycję biznesową lub z innych przyczyn. Te okoliczności nie pozwalają mu na udział w przetargu. Wobec tego taki podmiot postanawia „doprosić” do wspólnego przedsięwzięcia partnera lub partnerów, których udział w tym przedsięwzięciu nie jest konieczny (czasami wręcz iluzoryczny), ale którzy nie mają trudności z uzyskaniem wymaganych zabezpieczeń.

Zawiązane w takiej sytuacji konsorcjum nie jest oparte na rzeczywistych powiązaniach ekonomicznych lub technicznych, lecz wyłącznie na wsparciu finansowym co do zabezpieczeń. Takie zjawisko może sprzyjać swoistej patologii w dziedzinie stosunków objętych procedurą zamówień publicznych. W praktyce nie jest rzadkością dobieranie sobie przypadkowych konsorcjantów, poddyktowane wyłącznie koniecznością posiadania określonych zabezpieczeń.

Zasadniczym problemem jest jednak to, że tworzenie takich przypadkowych konsorcjów nie zabezpiecza należycie prawnych i ekonomicznych interesów zamawiającego, a w skrajnych przypadkach może te interesy podważać lub naruszać. Zwykle do zawarcia kontraktu nie dochodzi z przyczyn leżących po stronie jednego z konsorcjantów. Może się nim okazać konsorcjant, który nie przedłożył własnej gwarancji wadialnej, a wtedy zamawiający pozostanie bez ochrony.

24. Zob. L. Stecki, *Konsorcjum...*, op. cit., s. 350.

25. Zob. S. Rudnicki, *O umowie...*, op. cit., s. 5; M. Pyziak-Szafnicka, *Gwarancja...*, op. cit., s. 21; A. Szpunar, *Zabezpieczenia...*, op. cit., s. 153.

26. Zob. szerzej na ten temat D. Fuchs, *Status ubezpieczonego według Rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 – wnioski de lege ferenda dla prawodawcy polskiego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 5, s. 24 i nast.

Dlatego też gdy zamawia roboty lub usługi w trybie przetargu z udziałem konsorcjum, powinien szczególnie skrupulatnie przeanalizować przedstawione przez konsorcja zabezpieczenia, w tym dotyczące wadium.

Podsumowanie

Reasumując, należy przywołać zasadę, iż solidarna odpowiedzialność podmiotów ubiegających się wspólnie o uzyskania zamówienia publicznego w formie konsorcjum (art. 141 p.z.p.) dotyczy wyłącznie ich stosunków z zamawiającym i nie wywiera skutków prawnych wobec osób trzecich; ponadto, solidarna odpowiedzialność konsorcjantów dotyczy tylko etapu w y k o n a n i a u m o w y oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a więc nie obejmuje kwestii wadium.

Naszym zdaniem do konsorcjum wykonawców nie można stosować przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących odpowiedzialności współników, ponieważ konsorcjum nie zaciąga własnych zobowiązań ani nie posiada wspólnego majątku. Pogląd przeciwny nie ma oparcia w przepisach prawa.

Problem wskazania w gwarancji wadialnej tylko jednego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum wykonawców należy rozpatrywać w kontekście bezpieczeństwa zamawiającego. Indywidualna gwarancja jednego z konsorcjantów określa warunki wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w powiązaniu z działaniem lub zaniechaniem tylko tego konkretnego wykonawcy. Toteż gwarancja wadialna skuteczna wobec jednego z członków konsorcjum nie jest w stanie zabezpieczyć w pełni interesów zamawiającego.

Oferenci występujący w formie konsorcjum muszą mieć świadomość, że ubezpieczeniowa gwarancja wadialna wystawiona wyłącznie na jednego członka konsorcjum może się okazać bezskuteczna w sytuacjach, w których zamawiający będzie chciał z niej skorzystać z przyczyn leżących po stronie konsorcjanta nieobjętego gwarancją, a wtedy zamawiający zostanie pozbawiony ochrony, gdyż nie będzie mógł skorzystać z ustanowionego zabezpieczenia.

Wykaz źródeł

- Bączyk M., *Glosa do wyroku SN z dnia 16 kwietnia 1996 r. II CRN 38/96*, „Prawo bankowe” 1997, nr 2.
- Blajer R., *Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe w obrocie międzynarodowym*, Fundacja Rozwoju Rachunkowości w Polsce, Warszawa 1999.
- Dutkiewicz A., Szczepkowski A., *Rozliczenia międzynarodowe*, WSiP, Warszawa 1978.
- Holly R., *Ubezpieczenia finansowe i gwarancje ubezpieczeniowe*, POLTEXT, Warszawa 2003.
- Koch A., *Gwarancja ubezpieczeniowa a umowa ubezpieczenia*, [w:] *Umowa ubezpieczenia. Aktualne problemy prawne*, OW BRANTA, Bydgoszcz–Poznań 2005.
- Kowalewski E., [w:] E. Kowalewski, D. Fuchs, W.W. Mogilski, M. Serwach, *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, OW BRANTA, wyd. III, Bydgoszcz–Toruń 2006, s. 484–501.
- Koziński M.H., *Gwarancje bankowe w międzynarodowym obrocie handlowym*, PIHZ 1983.
- Kukielka J., Poniewierka D., *Ubezpieczenia finansowe. Gwarancje ubezpieczeniowe. Ubezpieczenia transakcji kredytowych*, OW BRANTA, Bydgoszcz–Warszawa 2003.
- Malinowski A., *Prawo zamówień publicznych z komentarzem oraz aktami szczegółowymi*, INFOR, Warszawa 2010.

- Pyziak-Szafnicka M., *Gwarancja autonomiczna*, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 2/1994.
- Pyziak-Szafnicka M., [w:] *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań. Część ogólna*, [red. E. Łętowska], tom 5, wyd. 2, C.H. Beck, INP PAN, Warszawa 2013.
- Rudnicki S., *O umowie gwarancji*, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 9/1993.
- Stecki L., *Konsorcjum*, Dom Organizatora „TNOiK”, Toruń 1997.
- Szostak R., *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, „Przegląd Sądowy” 1999, nr 1.
- Szpunar A., *Zabezpieczenia osobiste wiarytelności*, LEX, Sopot 1997.
- Tracz G., *Umowa gwarancji ze szczególnym uwzględnieniem gwarancji bankowej*, Zakamycze 1998.
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 ze zm.).

Insurance guarantee of a consortium member as a bid bond in a tender for award of a public contract to the consortium

The study is devoted to the issue of effectiveness of an insurance guarantee which constitutes a bid bond in a tender for a public contract. The assessment of legal effects of the guarantee has been limited to the situation in which a few contractors which make up a consortium take part in a tender together, but only one of the consortium members submits the security of ordering party's possible claims in the form of an insurance guarantee.

The authors prove that an insurance guarantee issued at the request of only one member of the contractors' consortium does not constitute a sufficient protection of the ordering party's interests. Due to the fact that contractor's guarantee bears its name (name of the party requesting the guarantee), the ordering party will not be paid the guarantee sum, if the reasons for the payment under the guarantee concern a contractor (consortium member) who has not been covered by the guarantee. Wrong understanding of these issues may lead to perturbations and controversy in the area of public contracts, where the use of insurance guarantees is common.

Key words: insurance guarantee, consortium, public contracts.

PROF. ZW. DR HAB. EUGENIUSZ KOWALEWSKI – kierownik Katedry Prawa Ubezpieczeniowego na Wydziale Prawa i Administracji UMK w Toruniu.

DR WŁADYSŁAW WOJCIECH MOGILSKI – of counsel w Kancelarii Radców Prawnych i Adwokatów Głuchowski Siemiątkowski Zwara i Partnerzy [Sopot, Warszawa].