

DLU-DLUZLU.6062.2.2.23.JP

Warszawa, 23 października 2023 r.

Pan
Tomasz Żuchowski,
p.o. Generalnego Dyrektora
Dróg Krajowych i Autostrad
ul. Wronia 53
00 - 874 Warszawa

Szanowny Panie Dyrektorze,

w odpowiedzi na pismo Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (dalej również „GDDKiA”), które wpłynęło do Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego, dalej „UKNF”, w dniu 16 października 2023 r., przedstawiające wątpliwości związane ze składanymi przez oferentów (wykonawców) dokumentami gwarancji ubezpieczeniowych wystawianych przez podmioty z siedzibą poza terenem Unii Europejskiej i EFTA – stron umowy o EEA i nie posiadające zgody Komisji Nadzoru Finansowego na działalność na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przesyłam następujące stanowisko UKNF.

GDDKiA wskazała, że zasadniczo wybór wykonawcy i realizacja jej inwestycji odbywa się w oparciu o zasady obowiązujące w systemie zamówień publicznych, w szczególności o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn.zm.), dalej „pzp”, które przewidują m.in. gwarancję ubezpieczeniową jako jedną z form zabezpieczenia ewentualnych roszczeń zamawiającego. Przepisy te jednak nie precyzują, jaki podmiot może być wystawcą gwarancji ubezpieczeniowych. Brak jest ponadto – jak zauważono w ww. piśmie – jednoznacznych regulacji ustawowych, szczególnie w ustawie z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. z 2023 r. poz. 656 z późn. zm.), dalej „uudir”, dotyczących umowy gwarancji ubezpieczeniowej oraz treści gwarancji ubezpieczeniowej. Powoduje to wątpliwości co do prawidłowości stosowania gwarancji ubezpieczeniowych w ramach postępowań o zamówienie publiczne, szczególnie

w sytuacji, gdy gwarancje te wystawiane są przez podmioty mające siedzibę poza terenem państw członkowskich Unii Europejskiej i EFTA – stron umowy o EEA i nie prowadzące w ogóle na tym terenie działalności ubezpieczeniowej.

Gwarancja ubezpieczeniowa na gruncie prawa polskiego to umowa nienazwana, a jej definicję wykształciło orzecznictwo sądowe i piśmiennictwo, której jedną ze stron jest zakład ubezpieczeń i która zaliczona została – jak słusznie zauważyła GDDKiA – do czynności ubezpieczeniowych określonych w art. 4 ust. 7 pkt 1 uduir. Oznacza to, że gwarancji ubezpieczeniowej w świetle uduir udzielić może jedynie zakład ubezpieczeń w ramach prowadzonej działalności ubezpieczeniowej. W załączniku do uduir, określającym podział ryzyka według działów, grup i rodzajów ubezpieczeń wymieniono gwarancję ubezpieczeniową w dziale II pkt 15, w którym wyróżniono gwarancję ubezpieczeniową bezpośrednią i pośrednią. Przepisy uduir uprawniające zakłady ubezpieczeń do udzielania gwarancji ubezpieczeniowej nie wskazują na jej treść. Treść gwarancji ubezpieczeniowej jest kształtowana jest na zasadzie swobody umów wynikającej z art. 353¹ k.c., a zatem treść gwarancji każdorazowo kształtowana jest indywidualnie przez strony umowy gwarancji ubezpieczeniowej. To czy dana gwarancja ubezpieczeniowa spełniać będzie wymogi konkretnego przetargu, zależeć będzie od kryteriów oczekiwanych przez zamawiającego, zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Gwarancje ubezpieczeniowe na gruncie prawa krajowego mogą być udzielane przez krajowe zakłady ubezpieczeń, którym udzielono zezwolenia na wykonywanie działalności ubezpieczeniowej w grupie 15 działu II zgodnie z uduir albo zakłady ubezpieczeń działające w ramach jednolitego paszportu europejskiego uprawnione do prowadzenia działalności w zakresie udzielania gwarancji ubezpieczeniowych. Zasada jednolitego paszportu europejskiego oznacza, że zakład ubezpieczeń, który uzyskał zezwolenie na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej w jednym z krajów członkowskich EOG (państwie rodzimym/macierzystym/Home Member State) może prowadzić tę działalność w innym państwie członkowskim EOG (państwie przyjmującym/goszczącym/Host Member State), bez potrzeby uzyskiwania dodatkowego zezwolenia organu nadzoru państwa przyjmującego. W tej sytuacji wymagane jest jedynie przeprowadzenie procedury notyfikacyjnej przed rozpoczęciem działalności przez dany podmiot. Nadzór nad działalnością podmiotu wykonującego działalność w państwie przyjmującym jest realizowany co do zasady przez organ nadzoru państwa rodzimego/macierzystego. Zasada jednolitego paszportu europejskiego wywodzona jest z gwarantowanych przez Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej swobód stanowiących podstawę dla funkcjonowania rynku wewnętrznego UE, w tym swobodę przedsiębiorczości (art. 49-55 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) oraz swobodę świadczenia usług (art. 56-62 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej).

W przypadku zatem zakładu ubezpieczeń, który działa na terytorium Polski w ramach paszportu europejskiego (wypełnił obowiązki notyfikacyjne), a organ macierzysty udzielił podmiotowi temu zezwolenia na wykonywanie działalności w zakresie udzielania gwarancji ubezpieczeniowych, jest możliwe – inaczej niż wskazała GDDKiA w swoim piśmie – prowadzenie przez ten podmiot działalności ubezpieczeniowej na terytorium RP w zakresie

udzielania gwarancji ubezpieczeniowych, bez konieczności wydawania przez KNF zezwolenia na wykonywanie takiej działalności.

Natomiast działalność gospodarcza w Polsce zagranicznych zakładów ubezpieczeń posiadających siedzibę w państwach niebędących państwami członkowskimi Unii Europejskiej podlega odrębnej reglamentacji.

Regulacja zawarta w rozdziale 7 uduir ustanawia główne oddziały jako szczególną formę prowadzenia w Polsce działalności przez zagraniczne zakłady ubezpieczeń i reasekuracji z siedzibą w państwie niebędącym państwem członkowskim Unii Europejskiej. Przepisy te są wynikiem implementacji do uduir regulacji zawartych w art. 162-171 Dyrektywy Wypłacalność II.

Zgodnie z art. 177 ust. 1 uduir, zagraniczny zakład ubezpieczeń z siedzibą w państwie niebędącym państwem członkowskim Unii Europejskiej może podejmować i wykonywać działalność ubezpieczeniową na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wyłącznie przez główny oddział.

Podjęcie działalności ubezpieczeniowej przez główny oddział wymaga uzyskania zezwolenia organu nadzoru.

Główny oddział to określona przepisami rozdziału 7 uduir konstrukcja organizacyjna umożliwiająca wykonywanie działalności ubezpieczeniowej poza krajem siedziby zagranicznego zakładu ubezpieczeń. Główny oddział stanowi sposób prowadzenia działalności przez część przedsiębiorcy zagranicznego wyodrębnioną na podstawie kryterium terytorialnego. Jest on wyodrębnioną funkcjonalnie częścią działalności zagranicznego przedsiębiorcy na danym terytorium państwa Unii Europejskiej – bez możliwości dalszego działania na zasadzie jednolitego paszportu europejskiego. Nie powinien być traktowany jako odrębny podmiot prawa w kontekście organizacyjnym, uwarunkowanym jego wtórnym charakterem względem przedsiębiorcy zagranicznego (por. Marcin Glicz w: Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Komentarz pod redakcją naukową Pawła Wajdy i Magdaleny Szczepańskiej, s. 636).

W świetle powyższych rozważań, w odniesieniu do wyrażonych przez GDDKiA wątpliwości, czy gwarancja ubezpieczeniowa w świetle uduir, może zostać udzielona wyłącznie przez zakład ubezpieczeń w rozumieniu uduir, należy stwierdzić, że zgodnie z uduir udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej możliwe jest przez podmiot uprawniony do wykonywania działalności ubezpieczeniowej w zakresie, o którym mowa w pkt 15 działu II załącznika do uduir, określającego podział ryzyka według działów, grup i rodzajów ubezpieczeń w dziale II pkt 15, na terytorium RP, a podmiotami takimi mogą być: krajowy zakład ubezpieczeń, zagraniczny zakład ubezpieczeń z państwa członkowskiego UE wykonujący działalność na zasadzie paszportu europejskiego bądź zakładu ubezpieczeń z państwa trzeciego działający poprzez główny oddział). Natomiast ocena, czy złożony przez oferenta/wykonawcę w postępowaniu przetargowym dokument gwarancji ubezpieczeniowej spełnia wymogi prawa zamówień publicznych, każdorazowo powinna zostać poddana ocenie w konkretnym

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z punktu widzenia kryteriów określonych przez zamawiającego.

Na kolejne pytanie postawione w piśmie GDDKiA, dotyczące tego, czy za gwarancję ubezpieczeniową w rozumieniu uduir może zostać uznany dokument wystawiony przez podmiot mający siedzibę poza terenem państw członkowskich Unii Europejskiej i EFTA – stron umowy o EEA nieprowadzący w ogóle na tym terenie działalności ubezpieczeniowej, który jednocześnie nie prowadzi na terenie Polski działalności ubezpieczeniowej w formie wymaganej uduir (tj. przez główny oddział), należy odpowiedzieć przecząco.

Jak już zostało wcześniej wyjaśnione, udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej jest czynnością ubezpieczeniową w rozumieniu uduir, zaś czynności ubezpieczeniowe mogą być wykonywane w ramach działalności ubezpieczeniowej przez uprawniony podmiot w jednej z form prawem przewidzianej.

W związku ze zgłaszanymi w piśmie GDDKiA wątpliwościami dotyczącymi udzielania gwarancji przez zakłady ubezpieczeń/reasekuracji z Wielkiej Brytanii, organ nadzoru zwraca uwagę na specyficzną sytuację ww. podmiotów.

W związku z opuszczeniem przez Wielką Brytanię struktur Unii Europejskiej (*brexit*) i zakończeniem okresu przejściowego, od 1 stycznia 2021 r. ustała możliwość wykonywania działalności na podstawie jednolitego paszportu europejskiego przez dostawców usług finansowych pochodzących z Wielkiej Brytanii i jej terytoriów zależnych (w tym Gibraltaru). W odniesieniu do podmiotów rynku ubezpieczeń wskazać należy na dwie zasady warunkujące dalszą działalność zakładów ubezpieczeń pochodzących z Wielkiej Brytanii i Gibraltaru na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Po pierwsze, podjęcie i wykonywanie działalności w Polsce przez brytyjskich i gibraltarskich ubezpieczycieli jest możliwe wyłącznie w formie głównego oddziału, po uprzednim uzyskaniu zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego na wykonywanie działalności ubezpieczeniowej przez główny oddział (na zasadach określonych w Rozdziale 7 uduir). Po drugie, na podstawie szczególnych przepisów, które weszły w życie w dniu 27 lutego 2021 r. z mocą od 1 stycznia 2021 r., zakłady ubezpieczeń z Wielkiej Brytanii i Gibraltaru mogą – na zasadzie wyjątku od wskazanej powyżej reguły – wykonywać zawarte przed 1 stycznia 2021 r. umowy, bez konieczności uzyskania zezwolenia. Powyższa regulacja obejmuje swym zakresem jedynie umowy ubezpieczenia, umowy reasekuracji i umowy retrocesji zawarte na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przed dniem 1 stycznia 2021 r. przez zakłady ubezpieczeń i zakłady reasekuracji z siedzibą na terytorium Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej lub Gibraltaru, a w przypadku umów działu II także umowy, które wskazują Rzeczpospolitą Polską jako państwo umiejscowienia ryzyka. Tego rodzaju umowy mogą być wykonywane przez brytyjskie i gibraltarskie zakłady do dnia wygaśnięcia roszczeń z tych umów. Wydaje się, że w przypadku np. ramowych umów gwarancji zawartych przed dniem *brexitu*, udzielenie gwarancji na ich podstawie należałoby uznać za dopuszczalne.

Pełna treść komunikatu KNF z dnia 19 marca 2021 r. dotyczącego działalności zakładów ubezpieczeń z Wielkiej Brytanii i Gibraltaru na terytorium Polski po wyjściu Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej zawarty jest na stronie [www. organu nadzoru:](https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Informacja_dot_%20dzialalnosci_zakladow_ubezpieczen_z_Wielkiej_Brytanii_i_Gibraltaru_na_terytoryum_Polski_73023.pdf)

https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Informacja_dot_%20dzialalnosci_zakladow_ubezpieczen_z_Wielkiej_Brytanii_i_Gibraltaru_na_terytoryum_Polski_73023.pdf

Podsumowując, UKNF jest uprawniony do potwierdzenia jakie podmioty upoważnione są do udzielania gwarancji ubezpieczeniowych zgodnie z przepisami uduir. Jednakże, jak wskazano powyżej, ocena czy dokumenty gwarancji ubezpieczeniowych składane w postępowaniach przetargowych prowadzonych w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych spełniają stosowne wymogi pozostaje, poza zakresem właściwości UKNF.

Z poważaniem

Krystian Wiercioch

Zastępca Przewodniczącego
Komisji Nadzoru Finansowego

/podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym/

Do wiadomości:

1. Pan Andrzej Adamczyk – Minister Infrastruktury

The first part of the paper discusses the importance of the study and the objectives of the research. It also provides a brief overview of the methodology used in the study.

The second part of the paper presents the results of the study and discusses the implications of the findings. It also provides a conclusion and recommendations for future research.

References

1. Smith, J. (2010). The importance of the study and the objectives of the research. *Journal of Research*, 15(1), 1-10.
2. Jones, A. (2011). The methodology used in the study. *Methodology*, 16(2), 11-20.
3. Brown, C. (2012). The results of the study and the implications of the findings. *Results*, 17(3), 21-30.
4. White, D. (2013). The conclusion and recommendations for future research. *Conclusion*, 18(4), 31-40.