

Nadużycie przez Zamawiających publicznych gwarancji
należytego wykonania umowy z Ustawy Prawo zamówień
publicznych.

<http://konferencja.sidir.pl>

Jacek Bendykowski, Radca prawny, Partner

e-mail: jacek.bendykowski@mmp.pl

Misiewicz, Mosek i Partnerzy

Kancelaria Radców Prawnych

80-750 Gdańsk, ul. Stągiewna 12/2

www.mmp.pl

1. Gwarancja bankowa

Gwarancja bankowa jest zobowiązaniem prawa cywilnego – specyficzną umową nazwaną, uregulowaną w Prawie bankowym z dnia 29 sierpnia 1997 r.

Art. 81 prawa bankowego [PB] - Gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Art. 84 PB natomiast zawiera w odniesieniu do gwarancji generalne odesłanie do przepisów Kodeksu cywilnego, a tym samym *inter alia* do normy, zawartej w Art. 353¹KC – *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.*

2. Gwarancja ubezpieczeniowa

USTAWA z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej nie reguluje **gwarancji ubezpieczeniowej** – występuje ona wyłącznie w załączniku końcowym, który określa podział ryzyk według działów grup i rodzajów ubezpieczeń – w Dziale II pkt 15 wymieniona jest gwarancja ubezpieczeniowa.

Jej jedynym źródłem – wątplym – jest zatem art. 805 KC i 353¹KC. Co do zasady również jest wariantem umowy z art. 391 KC – *pactum in fauorem tertii* .

Art. 805. § 1. Przez umowę ubezpieczenia ubezpieczyciel zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę.

Art. 806. § 1. Umowa ubezpieczenia jest nieważna, jeżeli zajście przewidzianego w umowie wypadku nie jest możliwe.

Art. 391. Jeżeli w umowie zastrzeżono, że osoba trzecia zaciągnie określone zobowiązanie albo spełni określone świadczenie, ten, kto takie przyrzeczenie uczynił, odpowiedzialny jest za szkodę, którą druga strona ponosi przez to, że osoba trzecia odmawia zaciągnięcia zobowiązania albo nie spełnia świadczenia. Może jednak zwolnić się od obowiązku naprawienia szkody spełniając przyrzeczone świadczenie, chyba że sprzeciwia się to umowie lub właściwości świadczenia.

3. Wykonanie zobowiązania

Art. 354. § 1. KC. *Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.*

§ 2. *W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.*

Ta fundamentalna zasada dotycząca wykonywania zobowiązań, mająca zastosowanie do wykładni zobowiązań z obu gwarancji – jako zobowiązań prawa cywilnego - **wprost odsyła do zasad współżycia społecznego (które w polskim prawie pełnią rolę dobrych obyczajów) i celu społeczno-gospodarczego.**

Zasada ta wprost kieruje nas do – niestety – wyjątkowo rzadko stosowanej w orzecznictwie w odniesieniu do relacji między przedsiębiorcami fundamentalnej normy polskiego prawa cywilnego, mianowicie normy zawartej w

Art. 5 KC *Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.*

4. Charakter gwarancji

Co do zasady obowiązuje dualizm – gwarancje mogą mieć charakter kausalny bądź abstrakcyjny – w zależności od treści umowy gwarancji.

Fundamentalny charakter ma uchwała składu 7 sędziów z dnia 16 kwietnia 1993 r. III CZP 16/93. formułujący zasadę prawną o abstrakcyjnym charakterze szczególnych gwarancji: *Bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” nie może skutecznie powołać się – w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty – na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona.*

W tej samej uchwale jednak SN stanowi:

- w umowie gwarancji strony mogą określić okoliczności wyłączające lub ograniczające odpowiedzialność banku i z postanowień tej umowy należy wyprowadzić ewentualną ochronę gwaranta oraz obowiązek honorowania przez beneficjenta celu gwarancji.

5. Uchwała Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r., Sygn. akt III CZP 166/94

„(...) w określonych okolicznościach, nawet przy abstrakcyjnym zobowiązaniu gwaranta, może on wobec beneficjenta gwarancji wyprowadzić ze stosunku gwarancji zarzuty ograniczające jego odpowiedzialność, jeżeli żądanie beneficjenta gwarancji prowadzioby do nadużycia celu tego zabezpieczenia.

Pojęcie (...) ograniczenia odwołującego się do zasad współżycia społecznego (wynikające z Art. 353¹ KC przyp. autora) wskazuje na potrzebę oceny danego stosunku prawnego z punktu widzenia zasad dobrej wiary w znaczeniu obiektywnym lub zasad słuszności.

Gwarant „na pierwsze żądanie” mógłby (...) podnieść zarzuty wyprowadzone z łączącego go z beneficjentem stosunku gwarancji. (...). W doktrynie wyrażany jest pogląd, że przekroczenie przez beneficjenta celu uzyskanego zabezpieczenia może uzasadniać ochronę gwaranta przy użyciu (...) naruszenia przez beneficjenta (...) postanowień (...) umowy gwarancyjnej. (...) gdyby beneficjent gwarancji wykorzystał udzielone mu zabezpieczenie do innych celów niż wynikające z gwarancji, np. starał się jednostronnie rozszerzyć zabezpieczenie gwarancyjne na inne zobowiązania podstawowe niż określone w umowie gwarancyjnej.

(...) nadużycie gwarancji okazuje się ewidentne, np. gdy gwarancja stała się narzędziem uzyskania nienależnych korzyści, (...) obrona taka mogłaby wchodzić w rachubę w przypadku braku stosunku podstawowego, którego zabezpieczenie stanowiło cel gwarancji. Także bowiem wtedy mogłoby mieć miejsce nadużycie prawa podmiotowego w rozumieniu [art. 5](#) k.c.

Zatem bank, który wystawił gwarancję może powoływać się na postanowienia umowy pomiędzy zleceniodawcą a beneficjentem gwarancji jednak tylko wtedy, gdy zostały one wprost zapisane w **treści gwarancji**. Faktycznie zatem z prawnego punktu widzenia gwarant w takiej sytuacji nie powołuje się na treść stosunku podstawowego, ale na treść samej umowy gwarancji, o ile cel zawarcia umowy gwarancji został w niej precyzyjnie określony.

Słabość uchwały z kwietnia 1995 roku - pominięcie w niej rozważań na temat trzeciej przesłanki (obok natury stosunku i sprzeczności z ustawą), wynikającej z normy generalnej Art. 353¹ KC tj. zasad współżycia społecznego [ZWS] – (odmienna praktyka sądów niemieckich, czy szwajcarskich, powołujących się na dobre obyczaje). SN trzecią z granic potraktował wyjątkowo lękliwie i po macoszemu, stwierdzając: *Pojęcie trzeciego ograniczenia odwołującego się do zasad współżycia społecznego wskazuje na potrzebę oceny danego stosunku prawnego z punktu widzenia zasad dobrej wiary w znaczeniu obiektywnym lub zasad słuszności.*

7. Abstrakcyjność i akcesoryjność

Czynności prawne abstrakcyjne – to takie czynności, których ważność i skuteczność zależne są od istnienia odpowiedniej *causae* – czyli prawniczo ujętego celu/przyczyny przysporzenia (motywacji gwaranta) – (moim zdaniem zawsze *causam solvendi*) – w polskim systemie prawa cywilnego obowiązuje (niewypowiedziana, choć art. 156 KC) zasada kauzalności czynności prawnych przysparzających (uchylona tylko w przypadku wyraźnego przepisu ustawy) – kłopot z gwarancjami ubezpieczeniowymi.

Zobowiązanie (vs prawo podmiotowe) akcesoryjne – takie zobowiązanie lub prawo, które treść i zakres uzależnione są od treści innego prawa i które nie mogą powstać bez istnienia tego innego prawa (np. poręczenie – 879 §1 KC)

Prawo podmiotowe związane - takie prawo, którego podmiotem może być wyłącznie podmiot innego prawa (art. 82 pr. bankowego, ale *ius dispositivum* – art. 86a pr. bankowego).

8. Najgorzej na nadużyciach wychodzą polskie firmy średniej wielkości

Bank w 95% przypadków zapłaci, chyba, że ma zabezpieczenie sądowe.

Instytucje ubezpieczeniowe mają słabszych finansowo klientów - częściej walczą z nadużyciami, pochylają się nad zarzutami nadużyć gwarancji.

Niektóre firmy ubezpieczeniowe mają swoje typy zamawiających o szczególnych skłonnościach do nadużyć.

Konsekwencje nadużyć ze strony zamawiających –

- drożące koszty gwarancji, trudność w ich pozyskaniu, redukcja zdolności kredytowych firm,
- eliminacja z rynku słabszych podmiotów (głównie polskich);
- efekt – ograniczenie konkurencji na rynku (droższe wykonawstwo),
- zatory płatnicze, upadłość firm,
- mniejsze wpływy podatkowe,
- ograniczenie zaufania do zamawiających publicznych
- wielu wykonawców po latach wygra procesy odszkodowawcze w przypadku nadużyć gwarancji co spowoduje po pewnym czasie znaczną ilość wypłat odszkodowań, obciążonych znacznymi odsetkami już ze środków własnych zamawiających (dziś bardzo wiele projektów realizowanych jest ze środków zewnętrznych, w tym europejskich); zamawiający w instytucjach, w których następuje częsta rotacja personalna nie są zainteresowani często taką wieloletnią perspektywą, gdyż kreują problem „nie dla siebie”.
- **Finalną ofiarą zawsze będzie państwo i obywatele.**

9. Przekroczenie celu gwarancji

- odstąpienie wciąż nagminne – ex tunc - użycie gwarancji stanowi nadużycie przy kauzalności – silniejsza linia orzecznicza jest przeciwna; przy odstąpieniu ex nunc gwarancja pozostaje w mocy;
- Art. 151 ust. 2 PZP – gwarancja na pokrycie roszczeń z tyt. rękojmi za wady – bywa używana w innych celach – np. roszczenie podwykonawcy wobec Zamawiającego, albo odszkodowanie za nieszczęśliwy wypadek;
- Wydłużenie terminu zabezpieczenia – użycie gwarancji bezpośrednio przed końcem jej obowiązywania – zgłoszenie żądania skutkuje 3 lub 6-cioletnim terminem przedawnienia do wystąpienia z roszczeniem do sądu;
- Gwarancje na zaliczki (151a ust. 5 PZP) – skoro w treści gwarancji pojawia się nawiązanie do projektu (z nazwy) zam. uznaje, że może w nią wrzucić wszelkie roszczenia z projektu;
- Użycie gwarancji należytego wykonania (art. 147 ust. 1 PZP) na pokrycie wynagrodzenia podwykonawców, pozostających w sporze z wykonawcą – jako przejawu nienależytego wykonania (sporne w orzecznictwie, nowa praktyka zamawiających – objęcie tego zakresem gwarancji wprost);
- Konkretny przykład - Zamawiający równolegle wysłał żądanie zapłaty do dwóch różnych gwarantów (z gwarancji zaliczkowej oraz należytego wykonania na kilka dni przed podpisaniem końcowego protokołu odbioru), z tym samym roszczeniem, to samo roszczenie jednocześnie potrącił w OŚP.

10. Uzyskanie nienależnych korzyści (art. 5 KC)

- żądanie wypłaty znacznie powyżej poniesionej szkody;
- żądanie wypłaty w przypadku fikcyjnej lub znikomej szkody (pretekst);
- gwarancje na zaliczki (151a ust. 5 PZP) – np. roszczenia z tytułu kar umownych za opóźnienia – wezwanie do wykonawcy zwrotu źle wykorzystanej zaliczki, a do instytucji finansowej o całą kwotę gwarancji;
- zmowa z wykonawcą, który wie, że upadnie – zamawiający wykorzystuje gwarancję przed samym rozliczeniem – gwarant nie ma możliwości wystąpienia z roszczeniem kompensacyjnym, a nadużycie nie zostanie sądownie zweryfikowane;
- Zamawiający dokonuje końcowego odbioru i wystawia świadectwo przejęcia; w protokole końcowym odbioru wskazuje się drobne usterki; przy eksploatacji wychodzą usterki i występują o całą kwotę, bo twierdząc, że odbiór końcowy nie nastąpił, gdyż **nie był bezusterkowy** (zwyczajowa klauzula po dokonaniu bezusterkowego odbioru końcowego); w ten sposób zamawiający kwestionuje, iż nastąpiła redukcja gwarancji na 30%.

11. Relacja wzajemna uprawnień Zamawiającego z art. 36 ust. 1 pkt 15 PZP

Art. 36. 1. PZP - Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej:

(...)

15) wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

oraz wykonawcy z art. 148 ust. 1 PZP oraz art. 149 ust. 1 PZP

Art. 148. 1. Zabezpieczenie może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub w kilku następujących formach:

- a) pieniądzu;
- b) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;
- c) gwarancjach bankowych;
- d) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- e) 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.

Art. 149. 1. W trakcie realizacji umowy wykonawca może dokonać zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 1.

Dotyczy: Kwestionowanie treści „nieprecyzyjnych” gwarancji przez zamawiającego .

Niewątpliwym jest, iż gwarancja ubezpieczeniowa nie została stypizowana w przepisach prawa i stanowi specyficzną, ukształtowaną przez praktykę czynność ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych. (...) Zobowiązanie ubezpieczyciela ma charakter jednostronnie zobowiązujący, zatem istotne jest, aby przesłanki zaspokojenia się z gwarancji zostały wskazane w treści dokumentu w sposób nie budzący wątpliwości.

Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w przepisach ustawy Pzp, przy czym dla uznania wadium za wniesione prawidłowo nie jest konieczne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4a oraz 46 ust. 5 ustawy Pzp. Kwestionowane gwarancje odsyłają w swej treści do zaistnienia sytuacji określonych „(...) w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.” **Zawierają więc generalną klauzulę wskazującą na możliwość zatrzymania wadium zgodnie z przepisami ustawy Pzp i jest to na tyle precyzyjne wskazanie tych sytuacji, (...) które pozwala na zaspokojenie się z przedłożonych gwarancji.**

Dotyczy: *Ograniczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.*

(...) Izba podziela ocenę Prezesa Urzędu, iż zamawiający nie dopuszczając, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnosząc zabezpieczenie podzielili je między siebie tak, że suma wszystkich części nie będzie niższa niż 10% ceny całkowitej oferty oraz żądając, aby zabezpieczenie to miało postać jednego dokumentu od jednego gwaranta, naruszył art. 148 ust. 1 Pzp. (...) Zamawiający wyjaśnił jednoznacznie, iż „nie dopuszcza podziału zabezpieczenia (...) pomiędzy wykonawców składających ofertę. Zabezpieczenie powinno mieć formę jednego dokumentu od jednego Gwaranta” (...).

art. 148 ust. 1 Pzp w zw. z art. 23 ust. 3 Pzp z art. 141 (solidarność wykonawców)

Analogicznie: Uchwała KIO z dnia 29 grudnia 2011 r. Sygn. akt: KIO/KU 109/11

Jak trafnie zauważył Prezes Urzędu w Informacji ustawodawca pozostawił wykonawcy wybór form – „jednej lub kilku”, w których wniesie on zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Oznacza to, iż dopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca zdecyduje się na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w jednej formie, ale także w dwóch lub trzech lub więcej innych formach. (...) postanowienia siwz nie mogą zmienić bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a do takich należy z pewnością art. 141, 148 oraz 23 ust. 3 Pzp. Zatem postanowienia SIWZ niezgodne z normą o charakterze *ius cogens* pozostają bezskuteczne.

14. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2015 r.
Sygn. akt KIO/KD 120/14

Dotyczy: *Zastrzeżenia zamawiającego odnośnie gwarancji ubezpieczeniowej wniesionej przez wykonawcę tytułem należytego wykonania umowy.*

Zdaniem Izby Zamawiający **nieśluszenie uznał, że pierwsza** z przedłożonych przez wykonawcę X Sp. z o.o. tytułem zapieczętowania należytego wykonania umowy **gwarancja ubezpieczeniowa** nr (...) z dnia 4 lutego 2014 r. **była gwarancją nieprawidłową**, ponieważ nie zabezpieczała roszczeń z tytułu rękojmi i była ograniczona tylko do odpowiedzialności za usunięcie lub nie wad i usterek.

W tym przypadku taka treść gwarancji wynikała z treści SIWZ.

Dotyczy: *Skutki ograniczeń wprowadzonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym uprawnienia wykonawców dotyczących wyboru formy zabezpieczenia.*

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wyjaśnień do niej) nie **mogą zmieniać bezwzględnie obowiązujących przepisów** - a taki walor mają normy wyrażone w art. 141, 148 ust. 1 i 23 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). **Zatem niezależnie od ograniczeń wprowadzonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym uprawnienia wykonawców dotyczących wyboru formy zabezpieczenia (materii wprost wynikających z ustawy) wykonawcy uprawnieni są do wniesienia zabezpieczenia zgodnie z ustawą.** Zamawiający jest natomiast uprawniony, aby w specyfikacji istotnych warunków zamówienia doprecyzować kwestie ustawą nieuregulowane jak np. wymagania dotyczące tego, że gwarancja bankowa ma być bezwarunkowa, płatna na pierwsze żądanie zamawiającego.

16. SA w Poznaniu, Sygn. akt I Aca 1027/07; 2007.12.28; LEX nr 370687

Wniesienie zabezpieczenia nie jest nigdy elementem konstrukcyjnym umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz odrębnym zobowiązaniem o niesamoistnym charakterze. Modyfikacja formy zabezpieczenia dokonana przez wykonawcę **nie daje zamawiającemu prawa do odmowy podpisania umowy tylko z tej przyczyny**. Istotne jest spełnienie wymogu wniesienia zabezpieczenia w przepisanej formie, natomiast zmiana w tym zakresie nie może być potraktowana jako zmiana istotnych warunków samej umowy.

Zmiana formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy

Z treści art. 149 ust. 1 p.z.p., wprost wynika uprawnienie wykonawcy do zmiany formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy w trakcie realizacji umowy na jedną z form, o których mowa w art. 148 ust. 1 p.z.p. **Nie jest konieczna zgoda zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający nie ma uprawnień, aby zastrzec na swoją rzecz prawo akceptacji warunków zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, bądź innych form nie stanowiących wpłaty kwoty pieniężnej na rachunek bankowy zamawiającego.**

Ma natomiast prawo weryfikacji, czy warunki te są zgodne z SIWZ – np. bezwarunkowa i na pierwsze żądanie.

Sprawa dotyczyła zakwestionowania postanowienia umowy na etapie pytań do SIWZ.

W art. 46 ust. 4a oraz 5 Ustawy PZP. zawarty został zamknięty katalog okoliczności, w jakich powstaje obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego.

KC - **Art. 70⁴**. § 2. Jeżeli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia umowy, której ważność zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, organizator aukcji albo przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia.

W pozostałych wypadkach zapłacone wadium należy niezwłocznie zwrócić, a ustanowione zabezpieczenie wygasa. **Jeżeli organizator aukcji albo przetargu uchyla się od zawarcia umowy, ich uczestnik, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody.**

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 czerwca 2015 r., Sygn. KIO 1139/15

Niedopuszczalność wprowadzania do umowy o zamówienie publiczne zobowiązania wykonawców do przedkładania zamawiającemu zabezpieczenia płatności dla podwykonawców.

(...) należy jednak uznać, że dopuszczalność wprowadzania zabezpieczenia, które służy do pokrycia ewentualnych roszczeń zamawiającego względem wykonawcy o zwrot świadczenia spełnionego przez zamawiającego na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, wynikającego z jego solidarnej odpowiedzialności za zapłatę za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę, narusza normy zawarte w art. 143d ust. 1, art. 147 ust. 1 i art. 150 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907) oraz jest sprzeczne z art. 647[1] KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wpływ solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy w stosunku do podwykonawcy na prawa i obowiązki stron umowy zawartej przez wykonawcę z ubezpieczycielem. Charakter gwarancji a prawo beneficjenta do samodzielnego rozszerzenia jej zakresu na roszczenia, których strony w gwarancji nie przewidziały.

Solidarna odpowiedzialność inwestora i wykonawcy w stosunku do podwykonawcy (...) nie przekłada się na zakres przedmiotowy umowy zawartej przez wykonawcę z ubezpieczycielem. Nieakcesoryjny i abstrakcyjny charakter gwarancji oznacza, iż nie wolno np. gwarantowi podnosić przeciwko beneficjentowi zarzutów ze stosunku podstawowego, łączącego tego ostatniego z wykonawcą, nie oznacza on natomiast, iż beneficjentowi /który nie jest stroną gwarancji, lecz osobą trzecią na rzecz której ma być spełnione świadczenie ubezpieczeniowe/ służy prawo samodzielnego "rozszerzenia" zawartej gwarancji, co do roszczeń nią nie objętych. Gwarancja bowiem, jak każda umowa ubezpieczeniowa, obejmuje takie uprawnienia i obowiązki, jakie strony w niej przewidziały.

Podano, że w treści gwarancji wskazano wyraźnie, iż pozwany gwarantuje "na zasadach określonych w niniejszej gwarancji zapłatę należności do kwoty 1.749.286,00 złotych, do zapłacenia których dłużnik jest zobowiązany w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy z dnia 6 lipca 2011 r." Uznano, że w ten sposób wprowadzony został związek między zobowiązaniem z gwarancji a stosunkiem podstawowym, który powoduje, że beneficjentowi nie przysługuje prawo do uzyskania świadczenia gwarancyjnego w sytuacji, gdy nie istnieje wierzytelność zabezpieczona. **Zależność pomiędzy tymi stosunkami prawnymi jest więc taka, że gwarancja udzielona została ze względu na wierzytelność podstawową, której realizację zabezpiecza, a bez której nie może być mowy o zobowiązaniu gwaranta.**

Sąd (...) podzielił wyrażany w literaturze pogląd, że zamieszczanie w tekstach gwarancji sformułowań dotyczących wierzytelności zabezpieczonej, iż gwarancja udzielana jest wyłącznie w związku z określonym zobowiązaniem osoby trzeciej, którego istnienie bank (towarzystwo ubezpieczeń) przyjmuje do wiadomości, pozwala na stwierdzenie, iż **istnienie** tej ostatniej - zgodnie z wolą stron umowy - stanowi niezbędną przesłankę skuteczności i wymagalności zobowiązania gwarancyjnego. Istnienie owej wierzytelności nie stanowi zatem zewnętrznej kauzy, lecz jest elementem treści samej umowy gwarancji bankowej. **Tak więc istnienie powiązania omawianej umowy z zabezpieczonym stosunkiem podstawowym jest objęte wolą i zamiarem stron. Jest to przy tym powiązanie typu konstrukcyjnego: bez wierzytelności zabezpieczonej nie doszłoby do skutecznego zawarcia umowy gwarancji bankowej. Przyjęto, że pozwany ubezpieczyciel słusznie odmówił wypłaty kwoty gwarancji w sytuacji, gdy stwierdził brak istnienia wierzytelności zabezpieczonej.**

W tym kontekście należało niewątpliwie ocenić, czy strona powodowa mając świadomość skutecznego odstąpienia od umowy przez wykonawcę w dniu 19 marca 2012 r. zasadnie domaga się dochodzonej kwoty z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej.

22. W analogicznej sprawie jednak pojawił się całkowicie sprzeczny wyrok tego samego sądu, raptem miesiąc później...

Wyrok SA Wwa – 8 marca 2016 r. Sygn. akt I ACa 784/15

Wobec zapisu § 2 umowy gwarancji należy przydać jej cechę kauzalności. Z faktu, że gwarancja ma samodzielny i nieakcesoryjny charakter, wynika jednak niemożność podniesienia przeciwko beneficjentowi zarzutów przysługujących dłużnikowi, którego świadczenie objęto gwarancją. Nie można w szczególności podnieść zarzutu, np. przedawnienia głównej wierzytelności, potrącenia z sumy, na którą opiewa gwarancja wierzytelności dłużnika względem beneficjenta. **Samoistność gwarancji wyklucza także zarzut, że umowa główna (stosunek podstawowy) nie doszła do skutku albo została unieważniona. Ważność zobowiązania gwaranta nie zależy od ważności zobowiązania dłużnika ze stosunku podstawowego. Jeżeli nawet dłużnik uchylił się od skutków prawnych swego oświadczenia woli, np. z powodu wady tego oświadczenia, to okoliczność ta nie będzie miała wpływu na treść i zakres zobowiązania gwaranta.**

Wyrok SA w Katowicach z 25 czerwca 2014 r. I ACa 261/14

W sprawie o zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli o cofnięciu żądania wypłaty kwoty ... z gwarancji należytego wykonania umowy ewentualnie o ustalenie nieistnienia prawa pozwanej do żądania dokonania wypłaty wymienionej kwoty z uwagi na nieistnienie należnego i wymagalnego roszczenia pozwanej z tytułu rękojmi i gwarancji na ww. kwotę w stosunku do powódki.

Nie powinno budzić wątpliwości, że skoro pozwana wezwała wystawiający gwarancję bank do zapłaty gwarancji, to powinna wykazać, że była do tego uprawniona, skoro uprawnienie to zostało zakwestionowane przez wykonawcę (...). Tymczasem strona pozwana zdaje się bronić stanowiska, że samo jej uprawnienie płynące z gwarancji i złożone oświadczenie o istnieniu należnego i wymagalnego roszczenia jest wystarczające. Stanowisko to nie zasługuje na aprobatę, ponieważ wypacza cel tego zabezpieczenia, którym jest zapewnienie beneficjentowi ściągalności przysługujących roszczeń. (...). **Ponadto należy zwrócić uwagę, iż wysokość ewentualnych roszczeń z tytułu nieusunięcia usterek nie przekracza paru tysięcy złotych. Wobec tego niezrozumiałym staje się wezwanie do wypłaty gwarancji w pełnej wysokości. (...). Wysokość gwarancji oznacza górną granicę, do jakiej może nastąpić wypłata świadczeń z gwarancji(...). Zatem pozwana nie była uprawniona do żądania wypłaty gwarancji w pełnej (maksymalnej) wysokości, w sytuacji, gdy nie przysługiwały jej należne i wymagalne roszczenia, których pokrycie wymagało wypłaty całej gwarancji.** Przytoczone okoliczności wskazują, że pozwana nie była uprawniona do żądania wypłaty środków z gwarancji bankowej, a jednocześnie stawiają pod znakiem zapytania lojalność strony pozwanej, jako kontrahenta umowy.

Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika bowiem, że gwarancja bankowa, w której użyto klauzuli „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” jest instytucją prawną o określonych z góry cechach, w pełni ukształtowaną normatywnie. SA stwierdził, że zawarcie umowy gwarancji bankowej prowadzi do powstania po stronie gwaranta zobowiązania abstrakcyjnego o charakterze losowym i przyszłym oraz bezwarunkowego, w którym gwarant jest pozbawiony uprawnień do podnoszenia zarzutów odnoszących się do stosunku podstawowego. Jest to stanowisko błędne (...) należy podkreślić, że w prawie polskim zasadą jest kauzalność czynności prawnych, a udzielenie gwarancji bankowej ma na celu zabezpieczenie interesu wierzyciela. Nie budzi zaś wątpliwości, że zabezpieczenia dokonywane na podstawie przepisów prawa materialnego mają charakter także akcesoryjny. Nakazuje to przyjąć, że zobowiązanie gwaranta na podstawie umowy z beneficjentem gwarancji może zostać jedynie ukształtowane jako zobowiązanie abstrakcyjne. Na taki charakter tego zobowiązania musi zatem wskazywać treść umowy. **Nie można podzielić zatem oceny Sądu Apelacyjnego, że zawarcie w umowie gwarancji wzmianki o stosunku podstawowym oraz stwierdzenia, że gwarant spełni swoje świadczenie w granicach „rzeczywistego zadłużenia” dłużnika beneficjenta gwarancji nie ma znaczenia dla oceny jej abstrakcyjnego charakteru,** a brak w tej umowie klauzul wyłączających lub ograniczających odpowiedzialność gwaranta oznacza, że wierzyciel mógł domagać się od gwaranta zapłaty sumy gwarancyjnej bez względu na rzeczywistą wysokość zobowiązania dłużnika.

(sprawa między gwarantem a zleceniodawcą)

25. Wyrok SN z 25 stycznia 1995 r.; Sygn. akt III CRN 70/94

Bank, który udzielił drugiemu bankowi (kredytodawcy) gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie", może uchylić się od spełnienia świadczenia, jeżeli żądanie beneficjenta stanowi nadużycie prawa (art. 5 k.c.).

Prowadzi to do wniosku, że bank, który udzielił drugiemu bankowi (kredytodawcy) gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie może uchylić się od spełnienia świadczenia, jeżeli żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią gwarancji ([art. 353¹](#) k.c.) albo stanowi nadużycie prawa ([art. 5](#) k.c.). **Teza ta nie pozostaje w sprzeczności z zasadą prawną przyjętą w wymienionej wyżej uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego, zgodnie z którą niedopuszczalne jest skuteczne powoływanie się przez bank udzielający gwarancji na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego (III CZP 16/93).**

(sprawa dot. nadużycia w postaci świadomie nieprawidłowego wykorzystania kredytu, czego bank mógł być świadomy)

26. Pytania i postulaty *de lege ferenda*

- Aktualne PZP i KC zawierają co do zasady wystarczające unormowania, które powinny ograniczyć istniejące nadużycia. Wymaga to tylko odrobiny dobrej woli i zrozumienia ze strony zamawiających oraz z pewnością zmiany linii orzecznictwa SN, począwszy od rozwinięcia zasad prawnych;
- SN powinien zwrócić raz jeszcze uwagę na istotność ograniczeń, wynikających z zasady swobody umów (art. 353¹ KC), rozbudowując w jej uzasadnieniu wątek dotyczący natury stosunku gwarancji, udzielanych w zamówieniach publicznych (brak równowagi stron) oraz wątek ZWS. Każde nadużycie gwarancji (wykorzystanie jej niezgodnie z celem, dla którego została udzielona) stanowi naruszenie ZWS, a tym samym stanowi zatem **naruszenie samej umowy gwarancji**. Odmienne wykładania jest wykładnią *contra legem*;
- Zmiana treści art. 36 ust. 1 pkt 15 PZP - uprawnienie zamawiającego nie może prowadzić do naruszenia uprawnień wykonawcy z art. 148 ust. 1 PZP.

27. W wytycznych CUPT lub UZP należałoby zakazać stosowania niektórych klauzul w treści umów gwarancji....

... wprost umożliwiających nadużycia, np. często dodawanych w Klauzuli 4.2 umów FIDIC:

- a) postanowień, iż żadna zmiana czy uzupełnienie lub inna modyfikacja warunków Kontraktu lub Robót, które mogą zostać przeprowadzone na podstawie tego Kontraktu lub w jakichkolwiek dokumentach kontraktowych, jakie mogą zostać sporządzone między Zamawiającym, a Wykonawcą, nie uwalniają poręczyciela lub gwaranta od odpowiedzialności wynikającej z niniejszej gwarancji; (np. art. 150 ust. 2 PZP – 10%, ale też przyznanie, że wykonawca nie ponosi winy za opóźnienia)
- b) oświadczeń, że poręczyciel lub gwarant zrzeka się obowiązku notyfikacji o takiej zmianie uzupełnieniu czy modyfikacji;

czy dodawanych, jako przesłanka żądania wypłaty:

- c) zaistnienia okoliczności, które uprawniają Zamawiającego do odstąpienia według klauzuli 15.2 [*Odstąpienie przez Zamawiającego*], niezależnie od tego czy zawiadomienie odstąpieniu było dane – taka konstrukcja umożliwia szantaż wykonawcy ze strony zamawiającego.

Jednym z podziałów jest podział na gwarancje:

- a) *bezwarunkowe, płatne na pierwsze żądanie,*
- b) *płatne na pierwsze usprawiedliwione żądanie – można dodać również w usprawiedliwionych granicach.*

Gwarancja b) jest również nieakcesoryjna. To istotne, np. na wypadek upadłości wykonawcy. Natomiast staje się wprost kauzalna i ważność *causa* stanowi warunek sine qua non obowiązku świadczenia przez gwaranta.

Art. 148 ust. 1 PZP - obejmuje np. akcesoryjne poręczenia bankowe. Treść wzorców umów i żądane klauzule czynią katalog z art. 148 ust. 1 pozbawionym zastosowania, gdyż swoboda wyboru wykonawcy staje się iluzoryczna.

Rozszerzyć katalogu w art. 148 ust. 1 o weksle z bankowym poręczeniem.

W art. 151a ust. 1 pkt 5 PZP - dodanie np. rachunku powierniczego, jako optymalnego (dla obu stron) instrumentu w niektórych przypadkach w odniesieniu do zabezpieczeń zaliczek, poza tym jest to instrument tańszy.