

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 30 grudnia 2020 r. powód (...) z siedzibą w Ł. wniósł o orzeczenie nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym, aby pozwany R. S. (1) prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) H.U. (...) z siedzibą w W. zapłacił na rzecz powoda kwotę 109.000 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 4 lutego 2020 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych - wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w spełnieniu świadczenia, za czas od dnia uprawomocnienia się orzeczenia, którym zostaną zasądzone, do dnia zapłaty.

W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, że w dniu 10 lipca 2018 r. została zawarta między stronami w trybie przetargu nieograniczonego umowa nr (...). (...), na podstawie której powód zlecił, a pozwany przyjął do wykonania pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pod nazwą „Przebudowa układu drogowo-torowego w ul. (...) na odcinku od al. (...) do ul. (...)”

Termin zakończenia pełnienia funkcji pozwanego jako inżyniera kontraktu strony ustaliły na dzień zaakceptowania przez powoda jako zamawiającego raportu z realizacji inwestycji. Zamawiający przewidywał zakończenie realizacji kontraktu w dniu 30 sierpnia 2019 r. Wynagrodzenie inżyniera kontraktu strony ustaliły na ryczałtową kwotę 959.400,00 zł.

Zgodnie z § 10 ust. 1 łączącej strony umowy pozwany wniósł na rzecz powoda zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto, czyli na kwotę 95.940 zł w formie gwarancji należytego wykonania umowy nr (...) z dnia 2 lipca 2018 r. wystawionej z ważnością do dnia 29 września 2019 r. W przypadku przedłużającego się terminu wykonania zamówienia zobowiązany był przedłożyć zabezpieczenie należytego wykonania umowy na okres niezbędny dla prawidłowego zakończenia zadania i przedstawić je powodowi w terminie 3 dni przed jego upływem, tj. do 26 września 2019 r. Natomiast w przypadku nieprzedłużenia ważności wygasającego wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy pozwany zobowiązany był zapłacić powodowi karę umowną w wysokości 1000 zł za każdy dzień opóźnienia.

W dniu 1 sierpnia 2019 r. między powodem a wykonawcą inwestycji „Przebudowa układu drogowo-torowego w ul. (...) na odcinku od al. (...) do al. (...)” Przedsiębiorstwem (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. został zawarty aneks nr (...), zgodnie z którym został wydłużony termin realizacji umowy przez wykonawcę inwestycji do dnia 20 grudnia 2019 roku.

Powód podkreślił, że pozwany pomimo poinformowania powoda o powyższej okoliczności nie dostarczył przedłużonego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ponadto, bezzasadnie zażądał od powoda zawarcia aneksu terminowego do łączącej strony umowy, pomimo że wielokrotnie był informowany podczas narad konferencyjnych, iż termin realizacji inwestycji został przedłużony, zaś termin zakończenia pełnienia funkcji inżyniera kontraktu strony ustaliły na dzień zaakceptowania przez zamawiającego raportu z realizacji inwestycji. W związku z powyższym, pismem z dnia 27 stycznia 2020 r. powód nałożył na pozwanego karę umowną w kwocie 109.000,00 zł z tytułu opóźnienia w dostarczeniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy i wezwał pozwanego do jej zapłaty w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania (pozew k. 4-7).

Zarządzeniem z dnia 25 lutego 2021 r. (sygnatura akt X GNC 1875/20), Starszy referendarz sądowy w Sądzie Okręgowym w Łodzi stwierdził brak podstaw do wydania nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym (art. 499 § 1 pkt 2 k.p.c.) (zarządzenie - k. 46).

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego od dnia uprawomocnienia się orzeczenia do dnia zapłaty (art. 98 § 1 k.p.c.) (odpowiedz na pozew - k.55-63).

W toku postępowania strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska (e-protokół z rozprawy z dnia 1 kwietnia 2021 r., czas nagrania 01:18:41, 01:23:39).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Pozwany R. S. (1) od 25 października 2006 r. prowadzi działalność gospodarczą pod firmą (...).H.U. (...), która zajmuje się działaniami w zakresie inżynierii i związanej z nią doradztwem technicznym (dowód: aktualny odpis z CEIDG pozwanego – k.11).

W dniu 10 lipca 2018 r. pomiędzy pozwanym a powodem (...) w Ł. jako zamawiającym została zawarta umowa nr (...). (...), na podstawie której powód zlecił, a pozwany przyjął do wykonania pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pod nazwą „Przebudowa układu drogowo-torowego w ul. (...) na odcinku od al. (...) do ul. (...)”.

Umowa została zawarta po wyłonieniu wykonawcy w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych. Zgodnie z umową inżynier zobowiązał się do wykonania w ramach umowy usługi polegającej na pełnieniu nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzaniem kontraktem „Przebudowa układu drogowo-torowego w ul. (...) na odcinku od al. (...) do ul. (...)” (§ 1).

Termin zakończenia pełnienia funkcji inżyniera kontraktu określono na dzień zaakceptowania przez zamawiającego raportu z realizacji inwestycji. Przewidywalny termin realizacji kontraktu określono na dzień 30 sierpnia 2019 roku (§ 2).

Wynagrodzenie inżyniera kontraktu za pełnienie obowiązków określonych w przedmiotowej umowie określono na 959.400,00 złotych brutto, w tym podatek VAT w wysokości 179.400,00 złotych, kwota netto wyniosła 780.000,00 złotych. Było to wynagrodzenie ryczałtowe i obejmowało wykonywanie wszystkich czynności objętych zakresem obowiązków inżyniera kontraktu w ramach niniejszej umowy, niezależnie od poniesionych przez niego kosztów - z wyjątkiem realizacji zamówienia po 30 sierpnia 2019 r. Za każdy miesiąc przedłużenia, lecz nie dłużej niż przez okres 6 miesięcy, inwestorowi kontraktu przysługiwała kwota 27.411,43 zł. Z wynagrodzenia należnego inżynierowi kontraktu zamawiający mógł potrącać należności z tytułu kar umownych. Płatność miała być dokonana na rachunek bankowy inżyniera kontraktu wskazany na fakturze w ciągu 30 dni, licząc od daty złożenia prawidłowo wystawionej faktury (§ 7).

Inżynier kontraktu był zobowiązany posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności zawodowej w zakresie obejmującym przedmiot zamówienia na kwotę co najmniej 850.000,00 złotych z franszyzą redukcyjną nieprzekraczającą kwoty 8000 złotych na dowód czego najpóźniej w dniu zawarcia umowy był zobowiązany do przedstawienia kopii polisy ubezpieczeniowej wraz z ogólnymi warunkami ubezpieczenia oraz dokument potwierdzający fakt opłacenia składek.

Kopia polisy ubezpieczeniowej stanowiła załącznik nr 5 do umowy.

Inżynier kontraktu był zobowiązany do zachowania ciągłości polisy ubezpieczeniowej. Brak ciągłości ubezpieczenia, w tym nieopłacenie składek mogły stanowić podstawę do rozwiązania umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie inżyniera kontraktu. Wszelkie zmiany umowy ubezpieczenia wymagały uprzedniej pisemnej zgody zamawiającego (§ 9).

Inżynier kontraktu był zobowiązany wnieść na rzecz zamawiającego zabezpieczenie należytego wykonania swoich zobowiązań wynikających z przedmiotowej umowy w wysokości 10 % wynagrodzenia, czyli na kwotę 95.940,00 złotych w formie dopuszczonej zapisem art. 148 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych - gwarancja należytego wykonania umowy nr (...) z dnia 2 lipca 2019 r. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy podlegało zwrotowi w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i zatwierdzenia przez zamawiającego realizacji inwestycji. Zabezpieczenie wnoszone było w celu pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w tym także kar umownych należnych zamawiającemu. W przypadku przedłużającego się terminu wykonania przedmiotu zamówienia inżynier kontraktu był zobowiązany do przedłożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy o okres niezbędny do prawidłowego wykonania zadania i przedstawić je zamawiającemu w terminie 3 dni przed jego upływem (§ 10).

Paragraf 11 umowy przewidywał możliwość zapłaty przez inżyniera kontraktu określonych kar umownych, min. w sytuacji odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie inżyniera kontraktu - w wysokości 20 % wynagrodzenia umownego określonego w § 7 ust. 1 umowy, a także za nieprzedłożenie dowodu przedłużenia ważności wygasającego, wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 1000 zł za każdy dzień opóźnienia. Zamawiający miał możliwość potrącenia kar umownych i innych należności wynikających z niniejszej umowy z wynagrodzenia oraz zabezpieczenia należytego wykonania. Zapłata kary umownej nie wykluczała prawa zamawiającego do dochodzenia roszczeń na zasadach ogólnych.

Wprowadzenie wszelkich zmian do umowy było możliwe jedynie w granicach określonych w art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszelkie zmiany w niniejszej umowie wymagały uprzedniej akceptacji zamawiającego i formy pisemnego aneksu pod rygorem nieważności (§ 12) (dowód : kopia umowy – k. 12-22, powiadomienie o wyniku postępowania przetargowego – k. 27-29, zeznania powoda R. S. (1) e-protokół z rozprawy w dniu 1 kwietnia 2021 r., czas nagrania 00:57:40, 01:06:28, 01:09:10).

Gwarancja nienależytego wykonania umowy nr (...) z dnia 2 lipca 2018 r. została udzielona przez (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S.. TU jako gwarant zagwarantowało beneficjentowi gwarancji nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach przewidzianych w niniejszej gwarancji, zapłatę za powstałe w okresie ważności gwarancji zobowiązania pozwanego do wysokości 95.940,00 złotych. Przedmiotowa gwarancja była ważna od daty zawarcia umowy pozwanego z powodem do dnia 29 września 2019 roku i była warunkiem koniecznym podpisania umowy. Wyplata z tytułu niniejszej gwarancji była możliwa w terminie 14 dni od dnia otrzymania przez gwaranta kompletnego żądania zapłaty obejmującego dokumenty potwierdzające, że osoby, które podpisały żądanie do zapłaty w imieniu beneficjenta są uprawnione do jego reprezentowania, oświadczenia, że żądana kwota jest należna z tytułu gwarancji w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przedmiotem umowy przez pozwanego. Ważność gwarancji upłynęła wraz z ostatnim dniem jej ważności, tj. 29 września 2019 roku (dowód : kopia gwarancji należytego wykonania umowy – k. 30-31, zeznania świadka J. S. e-protokół z rozprawy z dnia 1 kwietnia 2021 r., czas nagrania 00:05:35, zeznania powoda R. S. (1) e-protokół z rozprawy w dniu 1 kwietnia 2021 r., czas nagrania 00:53:35)

Zgodnie z ogólnymi warunkami umów o gwarancje ubezpieczeniowe przedmiotowa gwarancja zawierała zobowiązanie ubezpieczyciela do spełnienia określonego świadczenia pieniężnego w sytuacji nie wywiązania się z obowiązku zapłaty należności przez dającego zlecenie, zwanego dalej zobowiązanym, wobec osoby upoważnionej do wykonywania uprawnień z gwarancji, zwanej beneficjentem gwarancji. Zgodnie z wymaganiami określonymi w § 5 wniosek o udzielenie gwarancji powinien zawierać nazwę zobowiązanego i jego siedzibę, wiarytelność, która ma być zabezpieczona gwarancją, nazwę beneficjenta i jego adres, kwotę gwarancji, okres obowiązywania gwarancji. Ponadto do wniosku należy dołączyć dokumenty, które określają wiarytelność podlegającą zabezpieczeniu gwarancją i oświadczenie w sprawie proponowanych form zabezpieczenia roszczeń (...) na wypadek spełnienia przez nią świadczenia pieniężnego wynikającego z udzielonej gwarancji.

Udzielenie gwarancji następuje po uprzednim zawarciu umowy o gwarancję ubezpieczeniową, opłaceniu składki w całości i ustanowieniu zabezpieczeń takich jak weksel własny niepełny wraz z deklaracją wekslową, weksel poręczony niepełny wraz z deklaracją wekslową, przewłaszczenie rzeczy ruchomych, przelew wiarytelności, zastaw rejestrowy, zastaw, hipoteka. Udzielenie gwarancji następuje w formie skierowanego do beneficjenta pisemnego

zawiadomienia, które zawiera min. zobowiązanie do spełnienia określonego świadczenia, kwotę gwarancji, okres obowiązywania gwarancji. W sytuacji gdy przedmiotem umowy o gwarancję ubezpieczeniową jest gwarancja nie zawierająca określenia końcowego terminu jej obowiązywania, (...) jest uprawniona także do odwołania ważności gwarancji ze skutkiem na koniec okresu wskazanego w umowie o gwarancję ubezpieczeniową, o ile zobowiązany nie złoży wniosku o przedłużenie okresu obowiązywania umowy o gwarancję ubezpieczeniową na kolejny okres, najpóźniej na 30 dni przed upływem poprzedniego okresu jej obowiązywania (§ 7 i § 10).

Zgodnie z § 11 z chwilą wypłaty świadczenia pieniężnego beneficjentowi gwarancji (...) przysługuje roszczenie w stosunku do zobowiązanego o zwrot wypłaconego świadczenia, powiększonego o poniesione przez nią koszty związane z jego wypłatą wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od dnia następnego po dniu wypłaty świadczenia lub poniesienia kosztów (dowód : ogólne warunki umów o gwarancje ubezpieczeniowe – k. 67-68).

Z powodu opóźnień w dostarczaniu przez generalnego wykonawcę dokumentacji podwykonawczej powód **był zobligowany przesunąć termin zakończenia realizacji umowy na 20 grudnia 2019 r.** przez zawarcie aneksu nr (...) z dnia 1 sierpnia 2019 roku do umowy nr (...). (...) z dnia 28 listopada 2017 r. na wykonanie zamówienia pod nazwą „Przebudowa układu drogowo-torowego w ul. (...) na odcinku od al. (...) do ul. (...)”. Generalnym wykonawcą było Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. (dowód : kopia aneksu nr (...) z dnia 1 sierpnia 2019 r.- k.29, zeznania powoda R. S. (1) e-protokół z rozprawy w dniu 1 kwietnia 2021 r., czas nagrania 01:10:00).

Powód nie poinformował pozwanego oficjalnym pismem, podpisanym przez uprawniony do reprezentowania inwestora o przesunięciu terminu zakończenia realizacji inwestycji. Informacje o planowanym przedłużeniu prac pozwany uzyskał on w rozmowie telefonicznej od kierownika zespołu nadzoru, który przekazał mu, że został podpisany aneks z generalnym wykonawcą robót przedłużający termin realizacji umowy do 20 grudnia 2020 roku.

Po uzyskaniu powyższej informacji, to pozwany zabiegał u powoda o uzyskanie dokumentu- aneksu do umowy, który byłby dowodem dla ubezpieczyciela, na jaki termin przedłużono realizację robót na inwestycji i w związku z tym, o jaki okres przedłużono wykonywanie obowiązków przez pozwanego jako inżyniera kontraktu.

Pomimo korespondencji kierowanej przez pozwanego R. S. (1) do (...) strona powodowa za każdym razem odmawiała zawarcia z pozwanym terminowego aneksu do umowy nr (...). (...) umożliwiającego mu skuteczne uzyskanie gwarancji należącego wykonania zobowiązania (dowód : kopie pism – k. 35-38 i k. 42-44, zeznania powoda R. S. (1) e-protokół z rozprawy w dniu 1 kwietnia 2021 r., czas nagrania 00:54:24, 01:00:05, 01:00:39, 01:03:51, 01:15:31-01:16:06).

Strona pozwana podejmowała próby zawarcia aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej uzyskanej w dniu 2 lipca 2018 roku z ubezpieczycielem w celu wywiązania się z ciężącego na nim obowiązku. W korespondencji zwrotnej z dnia 15 października 2019 r. po złożeniu wniosku celem, którego było zawarcie aneksu przedłużającego okres obowiązywania gwarancji, ubezpieczyciel wskazał, iż „ nie wystawia gwarancji bezterminowych” oraz że bez wyraźnego wskazania terminu końcowego lub decyzji, która będzie zawierała taką informację „system nie przeliczy składki za taki aneks”.

Warunkiem koniecznym zawarcia aneksu do gwarancji było wskazanie do jakiego czasu przedłużana jest gwarancja – na podstawie dokumentu wystawionego przez beneficjenta gwarancji. Samo przedłużenie gwarancji zajmowało około 2 dni (dowód : korespondencja e-mail – k. 69-71, zeznania świadka J. S. e-protokół z rozprawy w dniu 1 kwietnia 2021 r., czas nagrania 00:11:35-00:12:22, 00:16:50, zeznania świadka K. P. e-protokół z rozprawy z dnia 1 kwietnia 2021 r., czas nagrania 00:27:46-00:28:22, 00:32:31, zeznania powoda R. S. (1) e-protokół z rozprawy w dniu 1 kwietnia 2021 r., czas nagrania 00:47:46, 01:03:19, 01:05:38).

W dniu 25 października 2019 r. ubezpieczyciel poinformował pozwanego, iż gwarancja nr (...) wygasła w dniu 29 września 2019 r. i nie ma możliwości przygotowania aneksu (dowód : wiadomość e-mail – k.69).

Notą księgową z dnia 15 stycznia 2020 r. powód poinformował pozwanego o obciążeniu go z tytułu kary umownej w kwocie 109.000,00 zł wynikającej z umowy z dnia 10 lipca 2018 r. i wezwał do zapłaty ww. kwoty w terminie 3 dni

od dnia otrzymania niniejszego wezwania (dowód: nota księgowa nr (...) wraz z potwierdzeniem odbioru – k. 33-34, kopia pisma wraz z potwierdzeniem odbioru - k.39-41).

Umowa została kompleksowo wykonana przez pozwanego bez żadnych zastrzeżeń ze strony powoda. W dniu 24 lutego 2020 roku został zatwierdzony raport końcowy. Powód z uwagi na wykonywanie umowy przez pozwanego nie poniósł żadnej szkody, a pozwany uzyskał pozytywne referencje po zakończeniu kontraktu (zeznania powoda R. S. (1) e-protokół z rozprawy w dniu 1 kwietnia 2021 r., czas nagrania 01:08:13, 01:12:09).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych dowodów.

Oceniając zebrany w sprawie materiał dowodowy należy wskazać, że istotne dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności wynikały przede wszystkim z dokumentów prywatnych złożonych przez strony procesu (art. 245 k.p.c.) oraz z zeznań świadków i pozwanego, które co do wiarygodności- oceniane w świetle logiki i doświadczenia życiowego oraz ogólnej wiedzy- nie budziły wątpliwości. Spór ogniskował się przede wszystkim wobec kwestii prawnych- oceny prawnej- zasadniczo niespornego stanu faktycznego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Powództwo okazało się bezzasadne.

Odnosząc się do najistotniejszych kwestii prawnych należy wskazać, że w polskim porządku prawnym instytucję gwarancji bankowej i gwarancji ubezpieczeniowej regulują, w różnym zakresie (przeważnie fragmentarycznie), w szczególności:

- Kodeks cywilny w przepisach art. 649¹–649⁵, obowiązujących od 16.4.2010 r., a stanowiących kontynuację rozwiązań zawartych w uchylonej już ustawie z 9 lipca 2003r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane, z uwzględnieniem wskazań ujętych w wyroku TK z 27.11.2006 r.;
- ustawa z 29.8.1997 r. – Prawo bankowe, w przepisach art. 80–84;
- przed 1 stycznia 2016 r. regulacje w tej materii zawierał art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 1206, ze zm.). Aktualnie zawieranie umów gwarancji ubezpieczeniowych jest zgodnie art. 4 ust. 7 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. poz. 1844) czynnością ubezpieczeniową.

Z uwagi na brak szczegółowych unormowań prawnych tego rodzaju umów, mających charakter obligacyjny, jej strony mogą ją ukształtować wedle prawideł wyznaczonych zasadą swobody umów (art. 353¹ k.c.).

Żadna z ustaw mówiących o gwarancji ubezpieczeniowej nie reguluje zasad i sposobu (trybu) dokonywania czynności poprzedzających zawarcie umowy („udzielenie”) gwarancji. W powszechnej praktyce kwestie z tym związane regulują postanowienia aktów prawnych niższej rangi, sporządzanych przez same zakłady ubezpieczeń i nazywanych – przykładowo – „ogólnymi warunkami umów o gwarancje ubezpieczeniowe”, „ogólnymi warunkami umów o udzielanie ubezpieczeniowych gwarancji kontraktowych”, „regulaminem udzielania gwarancji”. W treści odpowiednich postanowień wszystkich wymienionych aktów stanowi się (w różnej wersji słownej), **że w sprawach w nich nieuregulowanych należy stosować „odpowiednie przepisy Kodeksu cywilnego” oraz że „dający zlecenie obowiązany jest opłacić składkę w całości przed wydaniem dokumentu gwarancji”. W tym świetle nie może ulegać wątpliwości, że stosunek prawny powstający między podmiotem wnioskującym o udzielenie gwarancji (jak już wyjaśniono, jest nim zwykle dłużnik, którego zobowiązanie ma być zabezpieczone gwarancją) a zakładem ubezpieczeń należy zakwalifikować jako zlecenie w rozumieniu przepisów art. 734 i n. k.c.**

Należy podkreślić, że umowa gwarancji ubezpieczeniowej zostaje zawarta z chwilą przyjęcia przez wierzyciela ze stosunku podstawowego (gwarantariusza, beneficjariusza gwarancji) oświadczenia o „udzieleniu” gwarancji przez

gwaranta (art. 61 § 1 zd. 2 k.c.). W doktrynie podkreśla się w tym kontekście, że strony stosunku gwarancji (zapłaty) z reguły nie prowadzą odrębnych rokowań w przedmiocie treści umowy gwarancji, lecz poprzestają na procedurze obejmującej wysłanie dokumentu („listu”) gwarancyjnego przez gwaranta oraz przyjęcie tego dokumentu przez beneficjariusza gwarancji, którego milczenie traktowane jest jako akt przyjęcia oferty w sposób dorozumiany. Powstały w ten sposób stosunek gwarancji ubezpieczeniowej stanowi instrument osobistego zabezpieczenia wiarytelności wynikającej z zobowiązania podstawowego, która jest wiarytelnością przysłą, ponieważ obowiązek świadczenia przez gwaranta nie powstaje ani z chwilą przyjęcia przez wierzyciela-gwarantariusza dokumentu („listu”) gwarancyjnego, ani nawet z chwilą zajścia zdarzenia zabezpieczonego gwarancją, lecz dopiero z chwilą zażądania przez wierzyciela zapłaty sumy gwarantowanej.

Istota stosunku gwarancji została wyjaśniona w orzecznictwie na gruncie instytucji gwarancji bankowej (por. uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993/10/166 oraz uchwała Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSNC 166/94). Poglądy przedstawione w tych judykatach zachowały aktualność także w odniesieniu do gwarancji ubezpieczeniowej (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2006 r., IV CSK 112/05, z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, OSNC 2010/7/8, z dnia 21 sierpnia 2014 r., IV CSK 683/13).

Sens prawny gwarancji ubezpieczeniowej polega na przyjęciu przez gwaranta zobowiązania do zapłaty gwarantariuszowi świadczenia pieniężnego w postaci sumy gwarancyjnej w razie wystąpienia wypadku gwarancyjnego, w szczególności w przypadku niespełnienia świadczenia przez dłużnika ze stosunku podstawowego. Może być ukształtowana jako stosunek prawny o charakterze abstrakcyjnym albo kauzalnym. W pierwszym wypadku płatność gwarantowanego świadczenia z racji wprowadzenia klauzuli „nieodwołalnie i bezwarunkowo” następuje na pierwsze żądania. W drugiej sytuacji zobowiązanie gwaranta powstaje po spełnieniu przesłanek określonych w umowie. W obu przypadkach zobowiązanie gwaranta nie jest zobowiązaniem akcesoryjnym wobec stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została udzielona (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995/10/135, wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, OSNC 2010/11/146, z dnia 21 sierpnia 2014 r., IV CSK 683/13). Oznacza to, że z racji samodzielności zobowiązania gwaranta, jego odpowiedzialność i jej zakres nie zależy od istnienia zobowiązania dłużnika ze stosunku podstawowego (rzecz jasna, górną granicą zobowiązania gwaranta stanowi suma gwarancyjna). Dlatego gwarant nie może w relacji prawnej do gwarantariusza (wierzyciela ze stosunku podstawowego) podnosić zarzutów ze stosunku podstawowego, w związku z którym została udzielona, a zatem zarzutów, które przysługują dłużnikowi z tego stosunku prawnego. Oczywiście nie ma przeszkód prawnych, aby strony umowy gwarancji, w ramach swobody kontraktowania unormowały odmienne zasady odpowiedzialności gwaranta.

W razie dochodzenia przez beneficjenta gwarancji roszczeń z umowy gwarancji, gwarant może podnosić zarzuty dotyczące jego własnego zobowiązania implikowanego tą umową, a zatem jeśli gwarantariusz nie dopełnił wymogów, od których uzależniono wypłatę świadczenia lub żądanie przekracza wysokość sumy gwarancji, względnie jeśli dochodzone roszczenie dotyczy niespełnionych świadczeń pieniężnych ze stosunków podstawowych nie objętych umową gwarancji.

Ponadto, gwarant jest uprawniony do obrony przez konstrukcję nadużycia przez beneficjenta celu gwarancji (art. 5 k.c.) np. gdy stała się narzędziem uzyskania nienależnych korzyści albo jej wykorzystanie jest wynikiem zmywu zainteresowanych. Jednak ze względu na charakter prawny umowy gwarancyjnej, ten rodzaj zarzutów powinien być stosowany jedynie w wyjątkowych wypadkach, zaś ich zasadność zależy od okoliczności konkretnej sprawy (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995/10/135, wyroki Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 1995 r., III CRN 70/94, OSNC 1995/5/86, z dnia 25 czerwca 1999 r., II CKN 402/98, OSNC 2000/1/16, z dnia 21 sierpnia 2014 r., IV CSK 683/13).

Należy wskazać, że funkcjonujące w obrocie gwarancje dają dużą swobodę dla inwestora, jak i wykonawcy zmierzających do udzielenia zabezpieczenia ich świadczeń wynikających z umowy o roboty budowlane. Co istotne, wykonawcy, ani inwestorowi nie przysługują roszczenie o ustanowienie gwarancji, z której wypłata będzie następować

„bezw warunkowo”, „na pierwsze żądanie” obejmujące jedynie oświadczenie wykonawcy lub inwestora, iż należne mu wynagrodzenie za wykonane prace nie zostało w terminie zapłacone, bądź też wykonawca nie zrealizował umowy lub nie usunął wad i usterek w terminie. Przy zabezpieczeniu, można zastrzec konieczność przedłożenia bankowi lub ubezpieczycielowi podpisanych przez inwestora dokumentów, np. protokołów odbioru potwierdzających prawidłowe wykonanie prac.

W przedmiotowej sprawie gwarancja należytego wykonania umowy przez pozwanego jako inżyniera kontraktu została pierwotnie przedłożona zgodnie z wymogami umowy zawartej z inwestorem, a pozwany uzyskał należyłą ochronę prawną z uwagi na spełnienie warunków formalnych zawarcia z ubezpieczycielem takiej umowy. Umowa powoda z pozwanym wskazywała datę do jakiej pozwany wprawdzie z prawdopodobieństwem, ale będzie pełnił swoje obowiązki (**przewidywalny** termin realizacji kontraktu określono na dzień 30 sierpnia 2019 roku (§ 2 umowy).

Natomiast, konstrukcja umowy o charakterze gwarancyjnym wyklucza jej bezterminowość, bowiem żaden ubezpieczyciel nie potrafiłby ocenić stopień ryzyka uzależnionego przecież od czasu ochrony, ani też skalkulować wysokości składki. Zatem, kolejne przedłużenie gwarancji wymagałoby dopełnienia wymogów formalnych - przedłożenia dokumentu z którego wynikałoby na jaki okres kontrakt pozwanego z inwestorem zostanie przedłużony. O ile można dywagować, czy strony procesu mogły w umowie wskazać, że „**termin zakończenia pełnienia funkcji inżyniera kontraktu został określony na dzień zaakceptowania przez zamawiającego raportu z realizacji inwestycji**”, co będzie jeszcze przedmiotem rozważań, to taki zapis nie jest w żaden sposób podstawą do uzyskania ochrony ubezpieczeniowej w ramach gwarancji należytego wykonania kontraktu. Dla ubezpieczyciela nie ma możliwości, by opierając się na takim zapisie i ustnej informacji od pozwanego, wystawić kolejną gwarancję na przedłużony okres. To na powodzie ciążył obowiązek sformalizowanego powiadomienia- oficjalnym pismem o statusie dokumentu prywatnego podpisanego przez uprawnione strony, na jaki termin przedłużono realizację inwestycji, a skoro dopuścił możliwość aneksowania umowy z generalnym wykonawcą (aneks nr (...)), to również na żądanie inżyniera kontraktu taki aneks powinien być przygotowany. Powód nie może wybiórczo i preferencyjnie traktować poszczególnych uczestników inwestycji i to przy realizacji zamówienia publicznego. Powód bezzasadnie odmówił zawarcia aneksu z pozwanym. Żądając przedłużenia lub wystawienia kolejnej gwarancji, sam nie wystawił żadnego dokumentu, który mógłby być przedłożony ubezpieczycielowi w zamian za aneks. Jako profesjonalista w obrocie gospodarczym powinien o powyższym obowiązku wiedzieć. Pozwany i to nie ze swojej winy, nie mógł uzyskać przedłużenia gwarancji, mimo że nie odmawiał realizacji powyższego obowiązku i sygnalizował problem z tym związany.

Nie można też przeoczyć, że **zgodnie z art. 14 ustawy prawo zamówień publicznych** do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Przepisy prawa zamówień publicznych stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego. W zakresie nieuregulowanym w prawie zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców należy więc stosować wprost (a nie odpowiednio) przepisy kodeksu cywilnego. W wyroku z dnia 3 lipca 2007 r., (...) SA/Wa 172/07, LEX nr 368193, WSA w Warszawie orzekł, że:

"Jakkolwiek stronami przy udzielaniu zamówień publicznych są zamawiający i wykonawcy, jednak do ich czynności o charakterze cywilnoprawnym stosuje się przepisy ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121) tylko wówczas, gdy stosownie do art. 14 i art. 139 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (...) przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej".

Umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej (ut.3).

Artykuł 139 ust. 1 potwierdza cywilistyczny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy dotyczące umów w sprawach zamówień publicznych (art. 139-151a) stanowią ograniczenie określonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody zawierania umów ("Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego"). Ograniczenia zasady swobody zawarcia lub niezawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierają m.in.: art. 142 ust. 1 i 2 (zawarcie umowy na okres 4 lat i warunki zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata), art. 143 ust. 1 (ograniczenia zawarcia umowy na czas nieoznaczony), art. 144 ust. 1 (warunki zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy).

Artykuł 139 ust. 1 nakazuje stosowanie wprost przepisów kodeksu cywilnego, natomiast wyłączenie stosowania tych przepisów uzależnia od istnienia w prawie zamówień publicznych odrębnej regulacji ("jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej"). Do umów w sprawach zamówień publicznych mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umowy sprzedaży, umowy dostawy, umowy o roboty budowlane, umowy o dzieło, a także przepisy prawa bankowego w odniesieniu do umów kredytu, pożyczki i rachunku bankowego (art. 142 ust. 4 pkt 1 i 2) oraz przepisy ustawy o działalności ubezpieczeniowej w odniesieniu do umów ubezpieczenia (art. 142 ust. 4 pkt 3) oraz gwarancji ubezpieczeniowych (art. 45 ust. 6 pkt 4, art. 148 ust. 1 pkt 4 oraz art. 151a ust. 5). W celu ustalenia rzeczywistej treści zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego art. 139 nie wyłącza dokonania wykładni umowy na **podstawie art. 65 k.c.**

Umowa w sprawie zamówienia publicznego może być uznana za sui generis umowę adhezyjną. Zamawiający, działając w interesie publicznym, określa bowiem istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach (art. 36 ust. 1 pkt 16), przy przestrzeganiu przepisów p.z.p. (np. art. 7 ust. 1). Ponadto: "Zamawiający jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy" (zob. wyrok (...) z dnia 25 maja 2012 r., KIO/UZP 974/2012, (...) Jeżeli wykonawca uzna, że istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, naruszają jego interesy, może on nie ubiegać się o udzielenie zamówienia (zob. wyrok (...) z dnia 16 czerwca 2009 r., KIO/UZP 694/09, (...) Przepisy art. 139 i 144 nie wyłączają możliwości dokonania wykładni umowy na podstawie art. 65 k.c. (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 18 kwietnia 2013 r., I ACa 1226/12, orzeczenia.ms.gov.pl). Przede wszystkim należy zauważyć, że wykonanie zasady swobody umów nie zawsze musi przejawiać się równością stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto, zasada swobody umów posiada aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce zawrzeć umowę. Co do zasady więc to strony umowy decydują, na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić. Zasada swobody umów może podlegać modyfikacjom, jeżeli treść lub cel umowy pozostają w sprzeczności z właściwością (naturą), ustawą, zasadami współzycia społecznego. Zamieszczonych we wzorze umowy postanowień o karach umownych obciążających w większym stopniu wykonawcę niż zamawiającego nie można uznać za postanowienia wymierzone przeciwko zasadom współzycia społecznego lub pozostające w sprzeczności z właściwością (naturą), ustawą, zasadami współzycia społecznego. Okoliczności związane z ryzykiem kontraktowym wykonawca powinien wziąć pod uwagę przy sporządzaniu oferty, gdyż na ich podstawie dokonuje on obliczenia ceny oferty. Tym bardziej, gdy kary umowne nie zostały zastrzeżone w wysokości rażąco wygórowanej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Kary umowne stanowią zabezpieczenie zamawiającego przed ewentualnymi działaniami lub zaniechaniem wykonawcy polegającymi na niewykonaniu bądź nienależytym wykonaniu zobowiązania o charakterze niepieniężnym. Istotą kary umownej jest stworzenie dolegliwości finansowej wobec wykonawcy zamówienia publicznego w razie zaistnienia zdarzenia powodującego niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zamówienia publicznego. Należy zauważyć, że podobne zabezpieczenia istnieją po stronie wykonawcy w postaci odsetek ustawowych należnych z tytułu opóźnienia w spełnieniu świadczenia pieniężnego.

W wyroku z dnia 31 stycznia 2013 r., KIO 109/13, (...) Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zamówienia publiczne pozostają umowami zawieranymi pomiędzy równoprawnymi podmiotami - zamawiającym oraz wykonawcą, i jako takie stanowią przykład zwykłych stosunków cywilnoprawnych regulowanych w kodeksie cywilnym, z zastrzeżeniem wszelkich - materialnych czy proceduralnych - szczególnych wymagań, przewidzianych w przepisach prawa zamówień publicznych, co do ich treści i sposobu nawiązywania. Podobnie wypowiedział się SO w Warszawie w wyroku z dnia 20 stycznia 2004 r., V CA 2344/03, niepubl., w którym stwierdził, że: "Nie budzi zatem żadnych wątpliwości, że ustawa o zamówieniach publicznych, będąca w przeważającej części aktem funkcjonalnym (proceduralnym) nie tylko nie wyłącza stosowania przepisów kodeksu cywilnego, ale wręcz nakazuje je stosować" (zob. postanowienia (...): z dnia 10 marca 2009 r., KIO/UZP 231/09; z dnia 4 listopada 2010 r., KIO/UZP 2328/10; wyrok (...) z dnia 20 czerwca 2012 r., KIO 1183/12, (...)

W wyroku z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 327/06, LEX nr 238947, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że umowa o roboty budowlane zawarta przez jednostkę sektora publicznego po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozostaje umową o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 i n. k.c. Do umowy o roboty budowlane zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma zatem zastosowanie również przepis art. 649 k.c., który stanowi o zakresie umówionych prac wykonawcy oraz zawiera domniemanie dotyczące obowiązków wykonawcy robót budowlanych. **W przypadku, gdy postanowienia umowy o roboty budowlane dotyczące zakresu robót (zakresu umówionych prac wykonawcy robót budowlanych) objętych zobowiązaniem wykonawcy są na tyle niejednoznaczne, że budzą wątpliwości uzasadniające rozbieżną ich wykładnię, ma zastosowanie wyrażona w art. 649 k.c. reguła interpretacyjna.**

Artykuł 139 ust. 2 wymaga, aby umowa w sprawie zamówienia publicznego, bez względu na jej wartość oraz tryb udzielania zamówienia publicznego, była zawierana w formie pisemnej, pod rygorem nieważności (ad solemnitatem), chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Zwykła forma pisemna jest zachowana, gdy na dokumencie sporządzonym w dowolny sposób pod treścią oświadczenia woli złożony zostanie przez stronę własnoręczny podpis (konstytutywny element formy pisemnej). Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany (art. 78 § 1 zdanie drugie k.c.). Strony mogą wymienić między sobą dokumenty, z których każdy zawiera treść oświadczenia woli jednej z nich i jest przez nią podpisany. Elementem konstytuującym własnoręczny podpis jest nazwisko wystawcy oświadczenia lub dokumentu. Wymóg własnoręczności podpisu wynika z art. 78 § 1 zdanie pierwsze k.c.

Hipoteza przepisu art. 139 § 1 p.z.p., dotyczącego stosowania przepisów kodeksu cywilnego na gruncie prawa zamówień publicznych, odnosi się do każdej z tych faz, albowiem w kontekście art. 56 k.c. już na etapie ferowania treści umowy, jej postanowienia muszą co najmniej pozostawać zgodne z przepisami o charakterze kogentnym (wyrok S.A. w Szczecinie IAcA 358/14-. LEX nr 1544953).

Warto też zaznaczyć, że dokonanie zmiany istotnych warunków umowy możliwe jest także pod warunkiem zawarcia stosownych postanowień w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym lub SIWZ, na podstawie których potencjalni wykonawcy decydują o przystąpieniu do przetargu. Wymagane jest jednak precyzyjne i jasne określenie zasad jej wprowadzenia. Konieczne jest, aby zamawiający przewidział zarówno możliwość samej zmiany (jakich elementów treści stosunku dotyczy), jak i określił warunki jej dokonania (w jaki sposób te elementy będą zmienione). Warto jednocześnie podkreślić, że możliwość dokonania ewentualnej zmiany, każdorazowo wymaga woli obu stron umowy w tym zakresie i nie może być dokonywane automatycznie. **Nie można mówić o naruszeniu art. 144 ZamPublU, gdy pierwotnie przyczyny oraz zasady zmiany ustalono wcześniej i wola**

stron jest jedynie aktualizowana wskutek wystąpienia określonych okoliczności. Wprowadzenie przepisów w obecnym brzmieniu wynikało z wadliwej praktyki zamawiających, którzy nie umieszczali we wzorach umów odpowiednich klauzul adaptacyjnych, co w konsekwencji prowadziło do nieuwzględniania w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zobowiązania. ***Klauzule adaptacyjne (przystosowawcze) to postanowienia przewidziane w umowie (niekiedy w ustawie) umożliwiające, w określonych okolicznościach, modyfikację stosunku prawnego – w celu dopasowania praw i obowiązków stron do zmienionych warunków.***

Jak wynika z powyższego, nie było przeszkód by nawet w ramach ***klauzuli adaptacyjnej dokonać zmiany terminu świadczenia obowiązków inżyniera kontraktu, tak by uzyskać dokument dla ubezpieczyciela potwierdzający***

wykonywanie kontraktu w określonym czasie ograniczonym terminem a nie warunkiem. Poza sporem powinno być to, że w interpretacji umów zawartych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych należy stosować przepisy kodeksu cywilnego regulujące instytucje warunku i terminu, a umowa powinna być zawarta na czas oznaczony. Zgodzić się należy w tym miejscu z argumentacją przytoczoną przez pozwanego w odpowiedzi na pozew. Termin zakończenia pełnienia funkcji inżyniera kontraktu określony na „dzień zaakceptowania przez zamawiającego raportu z realizacji inwestycji”, jest zasadniczo zdarzeniem przyszłym, ale niepewnym. Ma zatem charakter warunku, a nie terminu.

W myśl art. 89 k.c. z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej można uzależnić od zdarzenia przyszłego i niepewnego (warunek).

Zgodnie z art. 110 k.c., jeżeli ustawa, orzeczenie sądu lub decyzja innego organu państwowego albo czynność prawna oznacza termin nie określając sposobu jego obliczania, stosuje się przepisy poniższe (art. 111 k.c. do 112 k.c.).

Zgodnie z art. 116 § 1 k.c. Jeżeli skutki czynności prawnej mają powstać w oznaczonym terminie, stosuje się odpowiednio przepisy o warunku zawieszającym. ***W § 2 art. 116 k.c.*** wskazano, że jeżeli skutki czynności prawnej mają ustać w oznaczonym terminie, stosuje się odpowiednio przepisy o warunku rozwiązującym. ***Wyrażenie "termin" używane jest w prawie w dwóch znaczeniach: na oznaczenie punktu czasowego albo okresu*** (co oznacza określoną liczbę następujących po sobie jednostek czasu). Por. B. G., w: P.-S., K., KC. Komentarz 2014, s. 1150 i n.; A. J., w: K., Komentarz KC 2012, t. I, s. 716 i n.; P. N., w: C., N., Komentarz KC 2019, s. 268 i n.; J. S., w: G., M. ikowski, Komentarz KC 2016, s. 268 i n.; K. M., w: G., Komentarz KC 2016, t. I, s. 724 i n.; R. S., w: G., M., Komentarz KC 2019, s. 295 i n.; A. T., w: O., Komentarz 2017, t. I, s. 810 i n.; K. K., w: H., F., Komentarz KC 2018, I, s. 914 i n.; Z. R., R. T., w: (...), t. 2, 2019, s. 360 i n.).

Wyjątkowo może dojść do odpowiedniego zastosowania art. 93 k.c. w sytuacji, gdy strony, zastrzegając termin, nie oznaczyły ściśle chwili jego nadejścia (dies certus an, incertus quando), wiążąc ją ze zdarzeniem, na które strona zainteresowana w jego nadejściu może mieć wpływ (por. Z. Radwański, w: System PrCyw, 1985, t. I, s. 552; Z. Radwański, R. Trzaskowski, w: System PrPryw, t. 2, 2019, s. 365, Nb 122; A. Janiak, w: Kidyba, Komentarz KC 2012, t. I, s. 727, Nb 4; J. Strzebinczyk, w: Gniewek, Machnikowski, Komentarz KC 2016, s. 274, Nb 4; K. Mularski, w: Gutowski, Komentarz KC 2016, t. I, s. 734, Nb 6; R. Strugała, w: Gniewek, Machnikowski, Komentarz KC 2019, s. 303, Nb 6; A. Zbiegień-Turzańska, w: Osajda, Komentarz 2017, t. I, s. 820, Nt 4. Możliwości choćby tylko ograniczonego stosowania art. 93 k.c. do terminów nie widzą: W. Bryl, w: Komentarz 1972, t. I, s. 260; Wolter, Prawo cywilne 1986, s. 332; oraz K. Piasecki, w: Kodeks cywilny. Ks. 1. Część ogólna, Kraków 2003, t. I, s. 459, Nb 2).

W przypadku ustawy Prawo zamówień publicznych wyjątek tego rodzaju nie powinien mieć zastosowania, a modyfikacja dotycząca terminu wykonania umowy powinna przybrać, również formę postanowienia o charakterze terminu, a nie zdarzenia przyszłego i niepewnego.

Nakładanie na pozwanego obowiązku wykonywania umowy do czasu nadejścia zdarzenia przyszłego i niepewnego nie powinno być praktyką dopuszczalną. Podobnie jak odmowa podpisania aneksu z pozwanym i nierównego traktowania pozwanego jako uczestnika procesu inwestycyjnego, mimo że z innym uczestnikiem powód podpisał aneks.

Podstawą żądania zapłaty kary umownej w przedmiotowej sprawie jest **art. 483 § 1 k.c.**

Zgodnie z treścią wskazanego artykułu można zawrzeć w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zaś w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika, omawiany przepis zastępuje art. 471 k.c., a wynika stąd oczywista konstatacja, że nie chodzi tu o każdy przypadek naruszenia przez dłużnika istniejącej więzi zobowiązaniowej, ale tylko o taki, za który dłużnik odpowiada. Prostą konsekwencją powyższego ustalenia jest konieczność zbadania, jak w ocenianym stosunku obligacyjnym kształtuje się zakres okoliczności obciążających dłużnika (por. Nb. 9 do art. 483 [w:] E. Gniewek (współred.), Kodeks cywilny. Komentarz, wyd. 6, Warszawa 2014). Z drugiej strony z uwagi m.in. na funkcję symplicyjną kary umownej nie tylko pozwany zwolniony jest od obowiązku dowodzenia szkody, ale wręcz zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (vide uchwała SN {7} z 6 listopada 2003 r. III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69); z tego względu nie sposób więc obciążyć pozwanego – wierzyciela ciężarem udowodnienia związku między niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przez dłużniczkę a szkodą wierzyciela, albowiem stanowiłoby to również wymóg pośredniego dowodzenia poniesionej szkody. Oznacza to, że wierzyciela w sprawie o zasądzenie kary umownej, obciąża jedynie ciężar dowodu w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika.

Do przedmiotowo istotnych elementów zastrzeżenia kary umownej zaliczyć należy określenie zobowiązania, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie zrodzi obowiązek zapłaty kary umownej oraz określenie świadczenia pieniężnego stanowiącego karę umowną. Nawiązując do elementu, jakim jest wskazanie zobowiązania należy podkreślić, że zobowiązanie to ma mieć charakter zobowiązania niepieniężnego obligującego dłużnika do świadczenia, ponadto zobowiązanie to może mieć swoje źródło zarówno w umowie stron jak i pozaumowne. Strony mają dowolność w kształtowaniu kary umownej. Oznacza to również, że mogą ją zastrzec na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania lub też powiązać obowiązek jej zapłaty z określonym przejawem jej niewykonania lub nienależytego wykonania.

Co tyczy się określenia świadczenia pieniężnego stanowiącego karę umowną, doktryna wskazuje, że strony formułując omawiane dodatkowe zastrzeżenie umowne powinny wskazać ją oznaczoną kwotą lub posłużyć się innym miernikiem odnoszącym się do stałej wartości ukształtowanym w taki sposób, aby wyliczenie wartości kary umownej było jedynie czynnością arytmetyczną.

Aby mówić o powstaniu obowiązku świadczenia kary umownej niezbędne jest łączne wystąpienie następujących przesłanek: istnienie skutecznego postanowienia umownego kreującego obowiązek świadczenia kary oraz niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Istotne znaczenie w przypadku analizy przesłanek warunkujących powstanie obowiązku zapłaty kary umownej jest rozkład ciężaru dowodnego. Na wierzycielu ciąży powinność wykazania przesłanki istnienia ważnego postanowienia umownego odnoszącego się do zastrzeżenia kary umownej oraz powinność wykazania faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, do którego odnosi się kara umowna. Na wierzycielu nie ciąży powinność wykazania okoliczności świadczących o odpowiedzialność dłużnika, bowiem korzysta on z domniemania wynikającego z art. 471 k.c. określającego odpowiedzialność odszkodowawczą dłużnika. Stosownie do treści art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że wykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Obalenie domniemania ponoszenia przez dłużnika odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązanie spoczywa na nim. Wykazanie zaistnienia okoliczności powodujących niewykonanie lub nienależyte

wykonanie zobowiązania niezależnych od dłużnika i na które dłużnik nie miał wpływu powodować będzie uchylenie się dłużnika od zapłaty kar umownych.

Kara umowna spełnia również następujące funkcje: kompensacyjną, symplifikującą, prewencyjną (stymulującą) oraz represyjną.

Funkcja kompensacyjna oznacza, że kara umowna stanowi dla wierzyciela surogat odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Świadczenie kary umownej prowadzi do naprawienia w całości lub w części szkody powstałej po stronie wierzyciela. W tym zakresie wspomniana funkcja kary umownej zbiega się z tradycyjnie pojmowaną funkcją kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Ustalając wysokość kary umownej, strony powinny brać pod uwagę jej zasadniczo kompensacyjny charakter, dostosowując wysokość kary do wartości potencjalnej szkody albo zastrzegając na rzecz wierzyciela uprawnienie do dochodzenia naprawienia szkody w zakresie przewyższającym ustaloną karę.

Funkcja symplifikująca ma ułatwić wierzycielowi dochodzenie roszczenia o karę umowną poprzez brak konieczności po stronie powoda do wykazania wysokości szkody a nawet okoliczności jej powstania. W procesie o karę umowną inicjatywa dowodowa wierzyciela skupia się na wykazaniu istnienia skutecznego zastrzeżenia kary oraz faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Okoliczności powstania szkody i jej wysokość nie są natomiast całkowicie pozbawione znaczenia prawnego. Kwestie te mogą być przez sąd badane na potrzeby ewentualnego miarkowania kary umownej.

Funkcja prewencyjna ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania, zaś funkcja represyjna powoduje, że w przypadku nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania niepieniężnego, kara umowna staje się cywilnoprawną sankcją za jego działanie lub zaniechanie. W wielu wypadkach dochodzona przez wierzyciela kara umowna stanowi w części naprawienie powstałej szkody, w pozostałej części zaś jest pieniężną sankcją wobec dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Instrument sądowego miarkowania kary (art. 484 § 2 k.c.) pozwala zapobiec wykorzystaniu represyjnej funkcji kary umownej do uzyskania przez wierzyciela korzyści rażąco nieproporcjonalnej w stosunku do stopnia naruszenia zobowiązania oraz doznanej szkody (SPP T.5, red. Łętowska, Warszawa 2013, wyd. 2, Legalis).

Dodatkowo należy wskazać, że istnieje możliwość **miarkowania kary umownej**. Przewidziane w przepisie art. 484 § 2 k.c. uprawnienie dłużnika do żądania obniżenia kary przysługującej kontrahentowi z uwagi na ziszczenie się okoliczności przewidzianych w umowie stron, jest materialnoprawnym środkiem jego obrony przed uzasadnionym żądaniem wierzyciela, prowadzącym, w razie uwzględnienia przez sąd tego zarzutu, do częściowego oddalenia powództwa. Miarkowanie kary umownej jest przejawem prawa sądu do ingerencji w stosunki umowne równorzędnych podmiotów; katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej jest otwarty, co zapewnia możliwość elastycznego orzekania w tym zakresie, pod warunkiem jednak, że takie żądanie zostanie przez dłużnika zgłoszone i wykazane (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r., IV CSK 401/10, nie publ., z dnia 23 maja 2013 r., IV CSK 644/12, nie publ. i z dnia 15 października 2008 r., I CSK 126/08, nie publ.).

Jednakże dostrzec należy, że w orzecznictwie prezentowany był pogląd, zgodnie z którym jeżeli przedmiotem żądania pozwu jest zasądzenie kary umownej, a strona pozwana wnosi o oddalenie powództwa, to uznać należy, że w żądaniu dłużnika nieuwzględniania roszczenia o zapłatę kary umownej mieści się również żądanie zmniejszenia tej kary (vide wyroki SN z: 14 lipca 1976 r. I CR 221/76, OSNC 1977/4/76; 16 lipca 1998 r. I CKN 802/97, OSNC 1999/2/32). Należy więc wskazać, że – zgodnie z art. 484 § 2 k.c. – jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Ustawodawca w art. 484 § 2 k.c. posłużył się pojęciem „**rażącego wygórowania kary umownej**”, nie wskazując jednak ścisłych kryteriów w tym zakresie. Nie ulega wątpliwości, że użycie zwrotu niedookreślonego pozostawia sądowi możliwość dostosowania przyjętych kryteriów oceny do występujących in casu postanowień kontraktowych dotyczących kary umownej, jak również do okoliczności faktycznych i skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W orzecznictwie i literaturze przyjęto, że kryteria odniesienia dla dokonywanej przez

sąd oceny wysokości kary umownej w kontekście jej rażącego wygórowania stanowią między innymi: stosunek pomiędzy wysokością kary, a wartością całego zobowiązania głównego, zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, wagę naruszonych postanowień kontraktowych, zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych, zgodny zamiar stron w zakresie ustalania celu zastrzeżenia kary umownej w określonej wysokości (np. uwypuklenie przez strony funkcji represyjnej). Skoro instytucja miarkowania kary umownej należy do tzw. praw sędziowskich, to wybór kryteriów, na podstawie których wysokość kary umownej zostanie poddana kontroli, należy do sądu. Trzeba mieć jednak na uwadze i to, że kara umowna musi być rażąco wygórowana, czyli że zachodzi ewidentna kwalifikowana niewspółmierność wysokości kary, do tej która powinna być należna w danej sytuacji, przy czym sama wysokość stawki kary umownej nie przesądza o „rażącym wygórowaniu” (por. K.Z. w: G., M. Komentarz KC 2013, str. 907). Jak wskazał przy tym Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 13 czerwca 2016 r. (I ACa 125/16) miarkowanie kary umownej winno odnosić się do okresu, w którym kontrahent pozostawał w opóźnieniu.

Odnosząc powyższe uwagi do przedmiotowej sprawy należy dodatkowo podnieść, że w ustalonych okolicznościach sprawy żądanie kary umownej jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 5 k.c.) , a powód dochodzący zapłaty kwoty z tego tytułu, nadużywa prawa podmiotowego. Należy wskazać, że to:

- powód nie zawarł z pozwanym aneksu do umowy przedłużającego czas wykonania umowy,
- to pozwany zabiegał o zawarcie aneksu, czego powód bezzasadnie odmawiał,
- powód nie przekazał pozwanemu żadnego dokumentu, który były podstawą dla ubezpieczyciela do przedłużenia gwarancji lub zawarcia nowej umowy gwarancji należytego wykonania kontraktu,
- przedłużenie gwarancji i załatwienie formalności, to kwestia 2-3 dni, zatem i z tej perspektywy nie można zarzucić pozwanemu, że opieszale i z opóźnieniem próbował uzyskać ochronę ubezpieczeniową; dodatkowo należy zaznaczyć, że pozwany od kilku lata korzysta z gwarancji, ma wiedzę na temat trybu załatwiania formalności i miał wiedzę oraz świadomość, w jak sposób , i w jakim terminie należy przedłużać umowę gwarancji (ile dni jest potrzebnych) ,
- powód z powodu braku gwarancji nie poniósł żadnej szkody, podobnie jak z powodu sposobu wykonania umowy przez pozwanego; powód nie miał żadnych zastrzeżeń do realizacji umowy przez pozwanego,
- kwota dochodzonej kary umownej jest rażąco wygórowana w stosunku do kwoty wynagrodzenia ryczałtowego pozwanego.

Mając na uwadze powyższe, Sąd oddalił powództwo jako bezzasadne.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. Na koszty procesu należne stronie pozwanej od strony powodowej złożyły się opłata od pełnomocnictwa 17zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w stawce podstawowej 5400 zł.

ZARZĄDZENIE

1. odpis wyroku z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikowi powoda,
2. uzasadnienie sporządzone przez sędziego w zakresie oceny dowodów i rozważań, w zakresie stanu faktycznego projekt przygotowany przez asystenta.

22, IV, 21r. SSO Barbara Kubasik