

Sygn. akt V AGa 268/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 listopada 2022 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Irena Piotrowska
Protokolant:	Barbara Franielczyk

po rozpoznaniu w dniu 27 października 2022 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej w G.

przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w K.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 26 lutego 2021 r., sygn. akt XIII GC 473/14

1. uchyla zaskarżony wyrok w punkcie 2 i 3 w stosunku do pozwanego Województwa (...) i w tym zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Katowicach pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego;
2. oddala apelację w pozostałej części;
3. zasądza od powódki na rzecz pozwanej (...) Spółki Akcyjnej w K. kwotę 18.750 (osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

	SSA Irena Piotrowska	
--	----------------------	--

Sygn. akt V AGa 268/21

UZASADNIENIE

Powód Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna w G. wniósł o zasądzenie od pozwanych ad. 1 Województwa (...) i ad. 2 (...) Spółki Akcyjnej w K. kwoty 68 948 112,77 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu, z zastrzeżeniem, że zapłata przez któregokolwiek z pozwanych zwalnia drugiego pozwanego do wysokości dokonanej zapłaty oraz

o zasądzenie od pozwanych kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Powód wniósł także o nadanie wyrokowi rygoru natychmiastowej wykonalności.

W odpowiedzi na pozew pozwany (...) Spółka Akcyjna w K. wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych lub spisu kosztów.

W odpowiedzi na pozew pozwany Województwo (...) wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda kosztów procesu.

Na rozprawie w dniu 27 stycznia 2021r. pozwane Województwo (...) podniosło zarzut przedawnienia roszczenia.

Odnosnie do zarzutu przedawnienia powód wskazał na brak podstaw do przyjęcia, że drugie zawezwanie do próby ugodowej nie powoduje przerwania biegu przedawnienia. Podano, że złożenie drugiego wniosku o zawezwanie do próby ugodowej nastąpiło w odmiennych okolicznościach faktycznych niż pierwszy wniosek bowiem pozwane Województwo przedłożyło raport zawierający rozliczenie środków uzyskanych w ramach gwarancji oraz dokonało zwrotu na rzecz powoda kwoty 2 059 855,42 zł.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Katowicach oddalił powództwo oraz orzekł w przedmiocie kosztów procesu.

W motywach tego rozstrzygnięcia wskazano na następujące ustalenia faktyczne oraz ich ocenę prawną.

Poza sporem było, że w dniu 10 czerwca 2003r. została zawarta umowa między powodem – wykonawcą a pozwanym (...) S.A. w K. jako zamawiającym dot. wykonywania przez powoda prac związanych z przebudową odcinka (...) oraz przebudową ronda w K. na dwupoziomowy węzeł z przebiegiem jezdni głównych (...) pod rondem w tunelu. Pozwany (...) w podpisanej umowie działał jako jednostka wdrażająca Koordynatora projektu – Województwa (...).

Między pozwanym (...) jako inwestorem zastępczym a pozwanym Województwem (...) jako zamawiającym zawarto umowę o pełnienie zastępstwa inwestycyjnego budowy „(...)”. W w/w umowie według brzmienia na 2003r. wskazano, iż do obowiązków inwestora zastępczego należy reprezentowanie interesów zamawiającego w przedmiocie budowy (...) w zakresie prawnym, organizacyjnym, rzeczowym i finansowym, dotyczącym przygotowania, wykonawstwa i odbioru robót i przekazywania fragmentów trasy poszczególnym Miastom, wynikającym z udzielonych w niezbędnym zakresie pełnomocnictw. W cytowanej umowie postanowiono, iż inwestor zastępczy działa we własnym imieniu na rachunek zamawiającego.

W umowie z dnia 10 czerwca 2003r. postanowiono, iż częścią umowy są m.in.: oferta wraz z załącznikiem do oferty, warunki kontraktowe: warunki szczegółowe i warunki ogólne. W załączniku do oferty przetargowej w klauzuli 10.1 ustanowiono zabezpieczenie wykonania w postaci bezwarunkowej gwarancji bankowej na kwotę równą 10% ceny kontraktowej. W warunkach ogólnych jako zabezpieczenie finansowe wykonania w klauzuli 10.1 zawarto zapis, iż jeżeli kontrakt wymaga uzyskania przez wykonawcę finansowego zabezpieczenia właściwego wykonania kontraktu, to wykonawca winien uzyskać i dostarczyć zamawiającemu takie zabezpieczenie (...). W klauzuli 10.2 warunków ogólnych zabezpieczenie wykonania ma być ważne aż do chwili, kiedy wykonawca wykona i wykończy roboty oraz usunie wszelkie usterki w tych robotach stosownie do kontraktu. Po wystawieniu świadectwa wypełnienia gwarancji stosownie do subklauzuli 62.1 nie będą zgłaszane roszczenia w związku z zabezpieczeniem wykonania, a samo zabezpieczenie zostanie zwrócone wykonawcy w ciągu 14 dni od daty wystawienia świadectwa wypełnienia gwarancji. W klauzuli 10.3 warunków ogólnych wskazano, iż przed zgłoszeniem roszczeń z powodu uchybień objętych zabezpieczeniem wykonania, zamawiający winien powiadomić wykonawcę stwierdzając rodzaj uchybień, w związku z którymi powstały roszczenia.

W warunkach szczegółowych wskazano w klauzuli 10.1 zabezpieczenie finansowe wykonania: zastąpić tekst klauzuli 10.1 następująco: zabezpieczenie wykonania powinno być w formie bezwarunkowej gwarancji bankowej oraz że zabezpieczenie winno być nieodwołalne, bezwarunkowe i płatne na pierwsze żądanie. Klauzuli 10.2 warunków

szczególonych nadano brzmienie – okres ważności zabezpieczenia wykonania: zabezpieczenie wykonania winno być ważne do 28 dnia po wystawieniu świadectwa płatności (po odbiorze końcowym) przez zamawiającego.

Na mocy porozumienia jako zabezpieczenie wykonania przyjęto gwarancję bankową i ubezpieczeniową.

W dniu 17 czerwca 2003r. Bank (...) S.A. wystawił bankową gwarancję wykonania (bezwarunkową), gdzie wskazano, iż w kontrakcie z dnia 10 czerwca 2003r. ustalono, iż powód - wykonawca dostarczy pozwanemu (...) gwarancję wykonania jako zabezpieczenie wypełnienia jego zobowiązań zgodnie z kontraktem. W związku z tym w/w bank zgodził się na wystawienie wykonawcy (powodowi) gwarancji wykonania i jako gwarant przyjął odpowiedzialność wobec pozwanego (...) w imieniu powoda jako wykonawcy do wysokości 24 871 345,18 zł, którą to kwotę zobowiązał się wypłacić dobrowolnie, bezwarunkowo i na pierwsze żądanie bez sprzeciwu bądź sporu bez konieczności przedstawienia dowodów, podstaw lub powodów żądania przez pozwanego (...) sumy jak wyżej. Powyższa gwarancja była nieodwołalna i ważna do dnia wystawienia świadectwa wypełnienia gwarancji nie później niż do dnia 31 grudnia 2009r. W dniu 19 kwietnia 2004r. została zawarta umowa między powodem a Towarzystwem (...) S.A. w W., której przedmiotem było udzielenie przez (...)ubezpieczeniowej gwarancji kwot zatrzymanych na rzecz pozwanego (...) w związku z umową z dnia 10 czerwca 2003r. Dnia 19 kwietnia 2004r. (...) S.A. wystawił dla pozwanego (...) ubezpieczeniową gwarancję kwot zatrzymanych, w której nieodwołalnie i bezwarunkowo zagwarantował zapłatę do kwoty 18 653 508,88 zł z terminem obowiązywania gwarancji od dnia 19 kwietnia 2004r. do dnia 30 listopada 2006r. z tytułu nienależytego wykonania umowy przez zobowiązanego – powoda. Na podstawie gwarancji ubezpieczeniowej (...) zobowiązała się zapłacić pozwanemu (...) w terminie 14 dni od otrzymania pierwszego pisemnego wezwania, w którym znajdzie się oświadczenie, że zobowiązany nie wywiązał się ze swoich zobowiązań wynikających z umowy.

Wskazano, że ustanowione przez powoda gwarancje bankowa i ubezpieczeniowa miały zabezpieczać wykonanie kontraktu bez względu na warunki, jakie mogły pojawić się przy realizacji kontraktu. Przyjęto, że celem ustanowienia tego rodzaju zabezpieczeń była realizacja kontraktu w całości a w tym konkretnym przypadku dokończenie kontraktu. Gwarancje zabezpieczały roszczenie o wykonanie kontraktu. Taki sposób zabezpieczenia był uzasadniony zarówno miejscem wykonywania inwestycji – rondo w centrum K. o ogromnym natężeniu ruchu jak i koniecznością wykonania inwestycji w terminie z uwagi na finansowanie ze środków unijnych i możliwością utraty tych środków.

W przedmiotowej inwestycji wyłączono stosowanie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych z uwagi na finansowanie z Unii Europejskiej.

Ustalono, że w trakcie realizacji kontraktu – w maju 2005r. – nastąpiły problemy z jego wykonaniem przez powoda z uwagi na problemy finansowe – powód nie płacił m.in. podwykonawcom. We wrześniu 2005r. powód nie był w stanie wykonać umowy w ustalonym umową terminie z uwagi na brak środków finansowych. Wstrzymanie robot w miejscu wykonywania prac na dłuższy czas spowodowałoby zablokowanie K. i utratę środków unijnych otrzymanych na realizację tej inwestycji. Z tego powodu we wrześniu 2005r. została zakończona współpraca z powodem. W dniu 28 października 2005r. ogłoszono upadłość powoda obejmującą likwidację jego majątku. Po zakończeniu prac przez powoda pozwany (...) przejął rolę generalnego koordynatora i przejął umowy z podwykonawcami zawarte z powodem. W październiku 2005r. (...) wystąpił do (...) S.A. o uruchomienie środków z gwarancji, które wypłacono Województwu na mocy wyroku Sądu w dniu 12 października 2006r. W dniu 30 października 2006r. syndyk masy upadłości powoda odstąpił od umowy na wykonanie przedmiotowej inwestycji. Z uruchomionych środków z gwarancji dokończono inwestycję. Środki z gwarancji przeznaczono na wszystkie koszty związane z dokończeniem inwestycji w zakresie przedmiotowym, w jakim miał to wykonać powód a także na uregulowanie należnych zaległych wynagrodzeń podwykonawcom powoda. Nowy wykonawca – (...) miał taki sam zakres prac do wykonania jak powód, z tym że miał wykonać prace jedynie w zakresie prac niewykonanych przez powoda. Koszt wykonania prac przez nowego wykonawcę był wyższy z uwagi na upływ czasu i konieczność pilnego wykonania prac, aby zakończyć inwestycję w planowanym pierwotnym terminie. Oferta nowego wykonawcy była najkorzystniejszą ze zgłoszonych ofert. Na skutek zaprzestania wykonywania prac przez powoda powstały większe koszty związane z wyłonieniem nowego wykonawcy i kosztami wykonania przez niego prac w zakresie niewykonanym przez powoda, zmianami projektowymi, koniecznością zakupu materiałów, których powód nie zwrócił i kosztami prac poprawkowych w pracach wykonanych

przez powoda a także koniecznością wykonania prac dodatkowych, których potrzeba ujawnia się na każdej inwestycji. W dniu 5 lipca 2010r. pozwane Województwo przedstawiło raport zawierający rozliczenie środków uzyskanych w ramach gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej i przekazało na rzecz powoda kwotę ponad 2 miliony złotych jako kwotę niewykorzystanych środków z gwarancji.

Powód zwrócił kwoty wypłaconych pozwanemu gwarancji bankowi i ubezpieczycielowi.

Ustalono, że w wyniku realizacji uprawnień z tytułu udzielonych pozwanemu gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej, od gwarantów do pozwanego wpłynęła kwota 45 228 415,87 zł, w tym kwota 1 721 561,81 zł z tytułu odsetek ustawowych. Z tytułu odsetek bankowych pozwany pozyskał dodatkowo kwotę 876 400,58 zł, w związku z powyższym na zaspokojenie zobowiązań powoda pozwany dysponował łącznie kwotą 46 104 816,45 zł. Z pozyskanych środków pozwany zaspokoił koszty i wydatki związane z realizacją zadań objętych umową z dnia 10 czerwca 2003r. w łącznej kwocie 44 041 515,74 zł. Wydatki dokonane przez pozwanego zostały zweryfikowane przez biegłego sądowego i w ocenie biegłego sądowego nie budzą wątpliwości co do ich celowości i związku z treścią udzielonych gwarancji. Po zaspokojeniu roszczeń wynikających z realizacji kontraktu, w dyspozycji pozwanego pozostała niewykorzystana kwota 2 062 657,96 zł, która została zwrócona powodowi w dwóch transzach (14 lipca 2010r. i 19 lipca 2010r.). W związku z powyższym suma wydatków pozwanego z tytułu zaspokojenia roszczeń oraz zwrotu niewykorzystanych środków na rzecz powoda wyniosła łącznie 46 104 816,45 zł i w całości wyczerpuje sumę pozyskanych przez pozwanego środków. Zdaniem biegłego sądowego pozyskane przez pozwanego z tytułu gwarancji bankowej udzielonej przez Bank (...) S.A. i ubezpieczeniowej udzielonej przez (...) S.A. środki zostały wykorzystane na cele zgodne z realizacją zadania inwestycyjnego, o którym mowa w treści umowy z dnia 10 czerwca 2003r. zawartej pomiędzy (...) S.A. a powodem, a zatem zgodne były z treścią udzielonych gwarancji, zaś sama kwota została przez pozwanego – jak wynika z wyliczeń biegłego sądowego – prawidłowo rozliczona. W trakcie wykonywania opinii biegłemu sądowemu została udostępniona całość dokumentacji technicznej i wykonawczej, w tym całość dokumentacji stanowiącej podstawę wystawienia faktur i obciążenia z tytułu wykonanych robot, jak protokoły odbioru robót, obmiary i inne. Biegły sądowy weryfikował zgodność wydatków udokumentowanych powyższymi dokumentami z treścią udzielonych gwarancji, a także prowadzonym zadaniem inwestycyjnymi i ich celowość.

Pismem z dnia 1 września 2008r. powód wezwał pozwanego (...) do rozliczenia wszelkich kwot uzyskanych z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej i bankowej. Pismo to wpłynęło do (...) w dniu 3 września 2008r. W odpowiedzi (...) wskazał, iż o jakimkolwiek rozliczeniu kwot wynikających z gwarancji można mówić dopiero po 31 grudnia 2009r. tj. po upływie okresu gwarancyjnego.

W dniu 3 lipca 2009r. powód skierował wobec pozwanego Województwa (...) i pozwanego (...) zawiadanie do próby ugodowej o zapłatę 43 524 854,06 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 31 października 2006r. z tytułu nierozliczenia kwot pobranych gwarancji. W dniu 27 sierpnia 2009r. (wniosek wobec Województwa) i w dniu 15 września 2009r. (wniosek wobec (...)) na posiedzeniu Sądu nie doszło do zawarcia ugody.

W dniu 30 lipca 2012r. powód ponownie skierował wobec pozwanego Województwa (...) i pozwanego (...) zawiadanie do próby ugodowej o zapłatę 43 524 854,06 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 31 października 2006r. z tytułu nierozliczenia kwot pobranych gwarancji. Przedmiotowe wnioski są w zakresie treści identyczne jak te składane w 2009r. W dniu 1 października 2012r. (wniosek wobec Województwa) i w dniu 25 września 2012r. (wniosek wobec (...)) na posiedzeniu Sądu nie doszło do zawarcia ugody.

Pozew w niniejszej sprawie wniesiono w dniu 7 listopada 2014r.

W ocenie Sądu Okręgowego roszczenie powoda nie zasługiwało na uwzględnienie.

Powód domagał się zwrotu kwot pobranych przez pozwanych z udzielonych przez powoda gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej twierdząc, iż brak było podstawy prawnej do pobrania tych kwot przez pozwanych z uwagi na brak roszczeń pozwanych wobec powoda z tytułu nieprawidłowego wykonania kontraktu przez powoda, za wyjątkiem

roszczeń z tytułu kwot należnych podwykonawcom powoda, na rzecz których powód nie uregulował wynagrodzenia za wykonane prace. Zdaniem powoda w tej sytuacji doszło do bezpodstawnego wzbogacenia pozwanych kosztem powoda.

Odnosnie do części żądania pozwu, co do którego powód cofnął powództwo Sąd umorzył postępowanie po myśli art. 355 § 1 k.p.c. – nie była w tym zakresie wymagana zgoda pozwanych, gdyż czynność ta nastąpiła przed wyznaczeniem rozprawy (art. 203 § 1 k.p.c.).

Sąd pierwszej instancji stwierdził, że pozwany (...) S.A. w K. nie ma legitymacji biernej w niniejszej sprawie. Podano, że pozwany (...) podpisując umowę z powodem oraz występując w całym przedmiotowym procesie inwestycyjnym działał we własnym imieniu na rachunek pozwanego Województwa (...) będąc upoważnionym do reprezentowania pozwanego Województwa w przedmiocie budowy (...). Wynika to z zawartej między pozwanymi umowy o pełnienie zastępstwa inwestycyjnego w brzmieniu obowiązującym w 2003r. W ocenie tego Sądu w takiej sytuacji pozwanego (...) należy traktować jako pełnomocnika pozwanego Województwa (...) (wyrok SN z dnia 2 lipca 2009r. V CSK 24/09). W toku realizacji umowy nie było w tym zakresie wątpliwości, skoro faktury były wystawiane przez powoda na rzecz Województwa (...). Uznano, że pełnomocnik (...) nie może ponosić odpowiedzialności na podstawie zawartej z powodem umowy z dnia 10 czerwca 2003r., gdyż umowę tę zawierał jako reprezentant Województwa (...) i na rachunek Województwa (...), a nie na swój rachunek. Wskazując, że skoro powoda nie łączyła z pozwanym (...) umowa z dnia 10 czerwca 2003r., to tym samym pozwany (...) nie ma legitymacji biernej w niniejszej sprawie.

Podniesiono, że okoliczności stanu faktycznego podane przez powoda odnoszą się do umowy z dnia 10 czerwca 2003r., która była zawarta między powodem a Województwem (...), w którego imieniu działał reprezentant – pełnomocnik (...). Jak wynika z uzasadnienia pozwu powód uważa, że wszelkie roszczenia powoda z tytułu bezpodstawnej realizacji gwarancji należy kierować względem pozwanego Województwa (...) powołując się w tym zakresie na uzasadnienie wyroku SN podanego powyżej i pozwał (...) jedynie z ostrożności procesowej.

Przyjęto, że pozwanym w sprawie może być wyłącznie Województwo (...), będące stroną umowy zawartej z powodem w dniu 10 czerwca 2003r.

Wskazano na brak podstaw prawnych w rozpoznawanej sprawie do stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 k.c.) i dokonano jedynie analizy przepisu art. 471 k.c. odwołując się do stanowiska wyrażanego w orzecznictwie o niemożności konstruowania w ogóle roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia wewnątrz stosunków zobowiązaniowych. Zaznaczono, że zbieg roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia z roszczeniami z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wyłączony. Podkreślono, że przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu należy stosować jedynie wówczas, gdy nie ma innego środka prawnego, przy wykorzystaniu którego możliwe byłoby przywrócenie równowagi majątkowej naruszonej bez prawnego uzasadnienia (uzasadnienie wyroku SN z dnia 5 października 2012r. I PK 86/12, wyroki SN z dnia 18 kwietnia 2013r. III CSK 229/12, III CSK 303/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 marca 2015r. I ACa 997/14 z uzasadnieniem).

Odnosząc się do skutków dokonanego przez syndyka masy upadłości odstąpienia od umowy w piśmie z dnia 30 października 2006r. podniesiono, że wbrew twierdzeniu pozwanego (...) odstąpienie to nie powoduje skutku ex tunc (z mocą wsteczną) tak jakby umowa była niezawarta. Syndyk masy upadłości w trybie art. 98 ustawy z dnia 28 lutego 2003r. prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. z 2003r., nr 60, poz. 535 z późn. zm.) odstępuje od umowy wzajemnej zawartej przed dniem ogłoszenia upadłości ze skutkiem od dnia ogłoszenia upadłości, czyli w niniejszym przypadku od dnia 28 października 2005r. W związku z tym powoda i pozwanego Województwo (...) łączyła umowa do dnia 28 października 2005r. a dopiero od tej daty ze skutkiem na przyszłość strony nie są związane umową.

Wskazano, że dochodzona pozwem kwota wynika z nieprawidłowego wykorzystania przez pozwanego ad. 1 środków z gwarancji. W niniejszej podstawie do zobowiązania powoda do ustanowienia na rzecz pozwanego Województwa zabezpieczeń w postaci gwarancji bankowej a potem także ubezpieczeniowej stanowiła umowa z dnia 10 czerwca 2003r. W związku z tym dochodzone pozwem roszczenie oceniono w świetle art. 471 k.c.

Wskazując na przesłanki objęte art. 471 k.c. dokonano analizy treści zawartej umowy z dnia 10 czerwca 2003r. w zakresie postanowień dotyczących udzielenia przez powoda gwarancji i oceny, czy pozwane Województwo w tym zakresie nieprawidłowo wykonało umowę.

Podano, że zgodnie z zawartą umową, warunkami szczegółowymi i ogólnymi kontraktu strony ustanowiły gwarancje w celu zabezpieczenia wykonania kontraktu, co oznacza, iż udzielone gwarancje miały zabezpieczać pozwane Województwo przed niewykonaniem kontraktu przez powoda. Takie też zapisy znalazły się w gwarancji bankowej i gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej zgodnie ze zobowiązaniem powoda zawartym w umowie z dnia 10 czerwca 2003r. W gwarancji bankowej wskazano, iż wystawiono gwarancję wykonania jako zabezpieczenie wypełnienia zobowiązań powoda zgodnie z kontraktem. Z kolei w gwarancji ubezpieczeniowej wskazano, iż zagwarantowano wypłatę określonej kwoty z tytułu nienależytego wykonania umowy przez zobowiązanego – powoda. Stwierdzono, że treść zawartej umowy klauzula 10.1 i 10.2. warunków szczegółowych nie wskazuje, iż udzielone gwarancje miały zabezpieczać jedynie roszczenia odszkodowawcze Województwa wobec powoda z tytułu nieprawidłowego wykonania kontraktu. Warunkami szczegółowymi – zmieniono klauzulę 10.2 warunków ogólnych, gdzie po zmianie brak odnośnika do roszczeń brak zapisu, iż zabezpieczenie wykonania w postaci gwarancji służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania kontraktu. Podniesiono, że zgodnie z zasadą swobody umów strony mogą ustanowić zabezpieczenia w formie gwarancji według własnego uznania (art. 353¹ k.c.). Przy tym mając na względzie art. 65 § 2 k.c. oprócz literalnego brzmienia umowy w zakresie ustanowionych zabezpieczeń (warunki szczegółowe i ogólne) cel ustanowionych gwarancji wynikał także z ustalonej przez Sąd zgodnej woli stron. Przyjęto, że przesłuchanie świadków znających zapisy umowy odnośnie gwarancji (będących w dacie zawarcia umowy w zarządzie stron lub zajmujących się zawieraniem i realizacją umów) i przesłuchanie stron wskazuje, iż udzielone zabezpieczenie w postaci gwarancji miało zabezpieczać wykonanie kontraktu lub zabezpieczać roszczenie o wykonanie kontraktu i celem udzielenia gwarancji było dokończenie kontraktu ze środków z gwarancji w sytuacji niewykonania kontraktu przez powoda. Taki sposób zabezpieczenia był uzasadniony zarówno miejscem wykonywania inwestycji – rondo w centrum K. o ogromnym natężeniu ruchu jak i koniecznością wykonania inwestycji w terminie z uwagi na finansowanie ze środków unijnych i możliwością utraty tych środków. Wskazując na przesłuchanie świadka J. K. ustalono, że w niniejszej inwestycji wyłączono stosowanie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych z uwagi na finansowanie z Unii Europejskiej. Tak więc nie ma podstaw do stosowania art. 75 ustawy z dnia 10 czerwca 1994r. o zamówieniach publicznych (dz.U.t.j.2002.72.664 z późn. zm.) obowiązującej w dacie zawarcia umowy między stronami, z którego to przepisu wynika, iż zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy do pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia.

Przyjęto, że aby wykorzystać środki z gwarancji pozwany nie musi posiadać konkretnych roszczeń pieniężnych – wierzytelności odszkodowawczych, które powinny być przez niego potrącone zgodnie z art. 498 k.c. Uznano, że dla wykorzystania przez pozwanego środków z ustanowionych gwarancji wystarczy, iż powód nie wykonuje kontraktu, w tej sytuacji pozwane Województwo posiada wobec powoda roszczenie niepieniężne o wykonanie kontraktu.

Zaznaczono, że powołana przez powoda klauzula 63.3 nie wskazuje, iż postanowienia tej klauzuli dotyczą realizacji środków z gwarancji i że środki z gwarancji mogą być przeznaczone wyłącznie celem pokrycia roszczeń pieniężnych zamawiającego. Brak odniesienia się w klauzuli 63.3 do zabezpieczenia wykonania kontraktu oznacza, iż nie można tego przepisu interpretować rozszerzająco i uznawać, iż dotyczy on także wykorzystania środków z gwarancji.

Wskazano, że powołany i załączony do pisma powoda z dnia 3 grudnia 2020r. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXV C 1496/15 wydany był w innym stanie faktycznym, gdzie strony w warunkach kontraktu wyraźnie postanowiły, iż zabezpieczenie wykonania służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania kontraktu. W niniejszej sprawie umowa stron w zakresie zabezpieczenia kontraktu nie zawierała takiego zapisu.

Podniesiono, że powód nie wykazał przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 471 k.c. Wskazano, że w zakresie dochodzonego roszczenia o zwrot równowartości sumy gwarancyjnej, to na powodzie ciążył obowiązek wykazania, że pozwany nie miał prawa wykorzystać gwarancji. Przyjęto, że powód nie wykazał,

iż pozwane Województwo nieprawidłowo wykonało umowę w postaci nienależytego wykorzystania środków z gwarancji zabezpieczających wykonanie kontraktu. Powód zaprzestał wykonywania kontraktu z powodu problemów finansowych a następnie doszło do odstąpienia od umowy przez syndyka masy upadłości powoda. Uznano, że w takiej sytuacji pozwany miał uzasadnione podstawy, aby wykorzystać zabezpieczenie wykonania kontraktu w postaci udzielonych gwarancji na dokończenie inwestycji zamiast powoda. Odnotowano brak podstaw do zarzucenia pozwanemu Województwu nieprawidłowego wykorzystania środków z gwarancji. Powód nie wykazał, iż wykorzystane przez Województwo środki były przeznaczone na cele inne niż dokończenie kontraktu wynikającego z zawartej umowy z powodem. Podkreślono, że z racji presji czasu i miejsca wydatkowane na ten cel środki były większe niż, gdyby kontrakt był realizowany do końca przez powoda. Podano, że powód nie wykazał podnoszonych twierdzeń o nieprawidłowym wykorzystaniu środków z gwarancji natomiast pozwani za pomocą zeznań świadków, stron i dowodu z opinii biegłego wykazali, iż wypłacone środki z gwarancji zostały wykorzystane na dokończenie inwestycji i zostały prawidłowo rozliczone zgodnie z celem zabezpieczenia.

Oprócz merytorycznej niezasadności dochodzonego roszczenia zdaniem Sądu Okręgowego dochodzone roszczenie uznano także za przedawnione.

Wskazano, że dniu 1 września 2008r. powód skierował wezwanie do rozliczenia gwarancji, które (...) jako pełnomocnik Województwa otrzymał w dniu 3 września 2008r., tak więc stosownie do art. 455 k.c. termin wymagalności należy liczyć od dnia 4 września 2008r. W dniu 3 lipca 2009r. (zatem zanim roszczenie uległo przedawnieniu) powód złożył wniosek o wezwanie pozwanego Województwo (...) do próby ugodowej, w której posiedzenie Sądu odbyło się 27 sierpnia 2009r. Z momentem złożenia wniosku o zawezwanie do próby ugodowej nastąpiło przerwanie biegu przedawnienia a przedawnienie zaczęło biec na nowo z dniem 27 sierpnia 2009r. (art. 123 § 1 pkt 1 k.c. i art. 124 k.c.). Kolejne zawezwanie do próby ugodowej powód zgłosił w dniu 30 lipca 2012r. Zdaniem Sądu pierwszej instancji zawezwanie to nie doprowadziło do przerwania biegu przedawnienia, albowiem czynność w postaci złożenia kolejnego wniosku o zawezwanie do próby ugodowej w okolicznościach niniejszej sprawy potraktowano jako nadużycie prawa przez powoda zmierzające wyłącznie do przerwania biegu przedawnienia. Zaznaczono, że kolejne zawezwanie do próby ugodowej jest czynnością, która może wywołać skutek przewidziany w art. 123 § 1 pkt 1 k.c., ale jedynie wówczas, jeżeli w okolicznościach stanu faktycznego zaistnieje podstawa do oceny, że czynność tę przedsięwzięto bezpośrednio w celu wskazanym w tym przepisie. Wniosek o zawezwanie do próby ugodowej nie stanowi czynności bezpośrednio zmierzającej do dochodzenia roszczenia w rozumieniu art. 123 § 1 pkt 1 k.c., gdy jego celem jest tylko wydłużenie okresu zaskarżalności wierzytelności przez doprowadzenie do przerwy biegu przedawnienia roszczenia. Celem art. 123 § 1 pkt 1 k.c. jest ochrona wierzyciela, który należycie dba o swoje sprawy i występuje do właściwych organów we właściwym terminie a nie umożliwienie wierzycielowi przedłużania w nieskończoność terminów przedawnienia i odsuwania w czasie decyzji o wystąpieniu z właściwym powództwem. Celem postępowania o zawezwanie do próby ugodowej nie jest przerwanie biegu przedawnienia, ale zawarcie ugody. Oceniono, że w rozpoznawanej sprawie analiza okoliczności związanych z drugim wnioskiem o zawezwanie do próby ugodowej nie wskazuje na szansę na zawarcie ugody. W pierwszym postępowaniu pojednawczym pozwane Województwo nie przejawiało woli zawarcia ugody. Pismem z dnia 5 lipca 2010r. pozwany przedstawił szczegółowe rozliczenie pobranych gwarancji i przekazał na rzecz powoda kwotę 2 062 657,96 zł w dniach 14 lipca 2010r. i 19 lipca 2010r. jako niewykorzystane środki z gwarancji. Powód złożył kolejny wniosek o zawezwanie do próby ugodowej dopiero w dniu 30 lipca 2012r., choć w okresie od dnia 19 lipca 2010r. do dnia 30 lipca 2012r. nie zaszły żadne okoliczności uzasadniające podstawę do przeświadczenia, iż pozwani zmienią swoje stanowisko co do sposobu rozliczenia dokonanego w 2010r. i że będą w stanie zawrzeć ugody z powodem. Podkreślono, że treść kolejnego wniosku o zawezwanie do próby ugodowej jest identyczna jak pierwszego wniosku i nie wskazuje, iż doszło do jakichś zmian w stanie faktycznym, co uzasadniałoby choćby nikłą szansę na zawarcie ugody z pozwanymi w trakcie postępowania pojednawczego.

Podano, że licząc trzyletni termin przedawnienia roszczenia z art. 118 k.c., po jego przerwaniu na skutek pierwszego zawezwania do próby ugodowej, roszczenie wobec pozwanego Województwa (...) uległoby przedawnieniu z upływem dnia 27 sierpnia 2012r. a wobec pozwanego (...) z upływem dnia 15 września 2012r. Złożenie przez powoda w dniu 30

lipca 2012r. bezpośrednio przed upływem terminu przedawnienia roszczenia kolejnych wniosków o zawiązanie do próby ugodowej potraktowano jako czynność zmierzającą do przedłużenia terminu przedawnienia. Nie było żadnych przeszkód, aby powód złożył wobec pozwanych pozew po otrzymaniu rozliczenia pobranych gwarancji w 2010r. Powód nie wykazał, iż przez okres dwóch lat po otrzymaniu rozliczenia pobranych gwarancji wystąpiły jakieś okoliczności, które uzasadniałyby przekonanie powoda, że pozwani zmieniają stanowisko i zawrą z powodem ugodę. Stanowisko pozwanych było cały czas niezmiennie. Jedynie w lipcu 2010r. na skutek dokonanego przez pozwanych rozliczenia pobranych gwarancji zwrócono powodowi ponad 2 miliony złotych, ale po tej dacie nic nie wskazywało na to, aby pozwani mieli zamiar zmienić w pozostałym zakresie swoje stanowisko i dokonać dalszych wpłat na rzecz powoda. Na potwierdzenie intencji powoda w zakresie złożenia kolejnego wniosku o zawiązanie do próby ugodowej przywołano zeznanie prezesa zarządu pozwanego ad. 2 A. B., który wcześniej od marca 2008r. do października 2012r. był prezesem powoda. Według jego zeznań po otrzymaniu przez powoda w 2010r. dokonanego przez pozwanych rozliczenia pobranych gwarancji powód nie kwestionował tego rozliczenia, bowiem nie miał wystarczających dokumentów, żeby je zweryfikować i dlatego nie wniósł sprawy do Sądu, przy tym zarząd powoda miał świadomość, że roszczenie może ulec przedawnieniu. Dopiero zmiana zarządu powoda spowodowała, iż zaczęto kwestionować rozliczenie pozwanego. Zdaniem Sądu Okręgowego świadomość powoda przedawnienia roszczenia powinna skłonić go do złożenia pozwu przed dniem 27 sierpnia 2012r. (wobec Województwa) lub przed dniem 15 września 2012r. (wobec (...)) a nie składania kolejnego wniosku o zawiązanie do próby ugodowej w dniu 30 lipca 2012r. Stanowisko pozwanych było niezmiennie a zmiana stanowiska przez powoda (początkowo brak kwestionowania rozliczenia pozwanych) a następnie po zmianie zarządu powoda kwestionowanie tego rozliczenia nie uzasadnia uznania, iż kolejne zawiązanie do próby ugodowej doprowadzi do zawarcia ugody z pozwanymi.

Pozew w niniejszej sprawie wniesiono w dniu 7 listopada 2014r. Przyjmując, że drugie zawiązanie do próby ugodowej nie przerwało biegu przedawnienia w dacie wniesienia pozwu roszczenie powoda było przedawnione wobec Województwa, albowiem przedawniło się z upływem dnia 27 sierpnia 2012r. a wobec (...) przedawniło się z upływem dnia 15 września 2012r.

O kosztach Sąd orzeczone na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 99 k.p.c. obciążając nimi powoda w całości jako przegrywającego sprawę.

Apelację od tego wyroku wniósł powód zaskarżając go w części, tj. co do punktów 2, 3 i 4 sentencji, w których Sąd Okręgowy w Katowicach oddalił powództwo oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanych zwrot kosztów postępowania.

Apelację oparto na następujących zarzutach:

a) naruszenie art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 471 k.c. oraz art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe polegające na przyjęciu, że pozwani byli uprawnieni do skorzystania z przedłożonych przez powoda gwarancji należytego wykonania kontraktu, bowiem przysługiwało im względem powoda niepieniężne roszczenie o wykonanie zobowiązania z umowy zgodnie z jego treścią, mimo iż udzielone gwarancje zabezpieczyły wyłącznie roszczenia odszkodowawcze pozwanych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem kontraktu przez powoda, zaś niepieniężne roszczenie pozwanego o wykonanie umowy w dniu pociągnięcia gwarancji nie istniało, w związku z uprzednim złożeniem przez pozwanych oświadczenia o zaprzestaniu zatrudnienia powoda na kontrakcie (na podstawie klauzuli 63.3 Warunków Ogólnych kontraktu);

b) naruszenie art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z pkt 1 Umowy oraz klauzulą 10.3 Warunków Ogólnych Kontraktu polegające na przyjęciu, że pozwani byli uprawnieni do skorzystania z przedłożonych przez powoda gwarancji należytego wykonania kontraktu, mimo iż pozwani naruszyli wymogi formalne realizacji gwarancji poprzez niedochowanie trybu określonego w treści stosunku podstawowego, zgodnie z którym przed skorzystaniem z zabezpieczeń należytego wykonania umowy pozwani byli zobowiązani do powiadomienia powoda o zamiarze skorzystania z gwarancji oraz stwierdzenia rodzaju uchybień, w związku z którymi powstały roszczenia, stanowiące podstawę wypłaty środków z gwarancji, czego pozwani nigdy nie uczynili, a co stanowiło nienależyte wykonanie zobowiązania;

c) oddalenie powództwa, chociaż żaden z pozwanych nie złożył nigdy oświadczenia o potrąceniu jakiegokolwiek wymagalnej wierzytelności pozwanych wobec powoda z wierzytelnością powoda o rozliczenie (zwrot) środków z gwarancji, podczas gdy bezprawne i bezpodstawne uzyskanie przez pozwanych środków z gwarancji pomimo nieposiadania wymagalnych wierzytelności zabezpieczonych gwarancjami spowodowało powstanie po stronie powoda wierzytelności o zwrot środków - będących przedmiotem powództwa - zaś wygaśnięcie tej wierzytelności wymagałoby zapłaty lub potrącenia przez pozwanych, co nie miało miejsca;

d) naruszenie art. 471 k.c. poprzez uznanie, że ocena zasadności skorzystania przez pozwanych z gwarancji sprowadza się do weryfikacji, czy środki wypłacone przez gwarantów na rzecz pozwanych zostały wykorzystane na sfinansowanie kosztów budowy (dokończenia budowy), podczas gdy dla oceny roszczeń powoda istotne jest, czy w dacie żądania wypłaty środków z gwarancji zamawiającemu przysługiwały wymagalne roszczenia pieniężne, a także to, czy zamawiający dochował przewidzianego umową (stosunkiem podstawowym) trybu realizacji gwarancji, co w konsekwencji doprowadziło sąd do błędnego uznania, że powodowi nie przysługują względem pozwanych roszczenia kontraktowe, bowiem nie wykazał nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanych;

e) ***naruszenie art. 123 § 1 pkt 1 k.c. w zw. z art. 124 k.c. w zw. z art. 4¹ k.p.c. oraz art. 5 k.c. polegające na przyjęciu, że złożone przez powoda drugie zawezwanie do próby ugodowej nie doprowadziło do przerwania biegu terminu przedawnienia, bowiem czynność tę należy traktować jako nadużycie prawa, zmierzające wyłącznie do przerwania biegu przedawnienia, podczas gdy drugie zawezwanie do próby ugodowej złożone przez powoda było czynnością, która wywołała skutek przewidziany w art. 123 § 1 pkt 1 k.c., bowiem z okoliczności sprawy, w szczególności z pominiętych przez Sąd Okręgowy zeznań T. J., wynikało, że czynność tę przedsięwzięto bezpośrednio w celu polubownego zakończenia sporu powstałego na gruncie bezpodstawnego skorzystania z gwarancji należytego wykonania umowy, nie zaś wyłącznie w celu przerwania biegu przedawnienia, a nadto, że po pierwszym wniosku o zawezwanie do próby ugodowej wystąpiły nowe okoliczności w postaci: (i) upływu okresu gwarancyjnego; oraz (ii) częściowego zwrotu przez pozwanego środków pobranych z gwarancji, które pozwalały powodowi liczyć na to, że pozwani będą gotowi zakończyć spór polubownie i które uzasadniały wystąpienie z kolejną próbą pojednawczą, przy czym nawet gdyby uznać, że roszczenia powoda są przedawnione, to podniesienie zarzutu stanowiłoby nadużycie prawa (art. 5 k.c.);***

f) naruszenie art. 118 k.c. polegające na przyjęciu, że przed wniesieniem powództwa upłynął trzyletni termin przedawnienia roszczenia, podczas gdy powód skutecznie przerwał bieg terminu przedawnienia roszczeń dochodzonych niniejszym pozwem, składając wnioski z 24 lipca 2012 r. o zawezwanie pozwanych do próby ugodowej;

g) naruszenie art. 405 k.c. poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że w sprawie brak jest podstaw do stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, a roszczenia powoda należy analizować jedynie w oparciu o przepisy o odpowiedzialności kontraktowej, podczas gdy powodowi przysługuje w stosunku do pozwanych roszczenie na podstawie art. 471 k.c., jak również na podstawie art. 405 i nast. k.c., przy czym te roszczenia pozostają ze sobą w zbiegu, a Sąd Okręgowy zobowiązany był rozpatrzyć roszczenia powoda na podstawie każdej ze wskazanych podstaw prawnych;

h) poprzez oddalenie powództwa pomimo, że pozwani nie wykazali roszczeń mogących podlegać rozliczeniu ze środkami z gwarancji, a ustalenia Sądu Okręgowego wskazują, że co najmniej w przeważającej części środki te zostały przeznaczone na cele niepodlegające pokryciu z gwarancji - dokończenie inwestycji, wykonanie robót dodatkowych, wykonanie robót wynikających ze zmian projektowych; tymczasem to na pozwanych, jako na inwestorze i inwestorze zastępczym spoczywał ciężar finansowania ich inwestycji (w tym robót dodatkowych i zastępczych), a skutkiem niewykonania umowy przez powoda mogło być najwyżej obciążenie powoda różnicą w kosztach dokończenia budowy (compensatio lucri cum damno)

i) naruszenie art. 6 k.c., także w zw. z art. 417 k.c. i oraz 405 k.c. oraz art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe poprzez przyjęcie, że to na powódzie spoczywał ciężar udowodnienia nieprawidłowego wykorzystania przez pozwanych środków z gwarancji, pomimo że ściągnięcie przez pozwanych środków z gwarancji nie różni się co do istoty od uzyskania przez nich kaucji gwarancyjnej kosztem powoda (zmiana sposobu zabezpieczenia) i w każdym przypadku jest obowiązkiem beneficjenta (pозwanych) rozliczenie się z tych środków, a tym samym ciężar dowodu co do uprawnienia do ich zatrzymania (odmowy zwrotu) w całości lub części spoczywa na beneficjencie zabezpieczenia;

j) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie w części dowolnej, nie zaś swobodnej oceny materiału dowodowego i dokonanie następujących ustaleń:

- koszty wykonania prac przez nowego wykonawcę ((...) S.A) były wyższe niż gdyby prace te wykonał powód, a to z uwagi na upływ czasu i konieczność pilnego wykonania robót tak, aby ukończyć inwestycję w planowanym terminie, podczas gdy ustalenie takich okoliczności wymagało analizy dokumentacji źródłowej, której pozwani nie złożyli nigdy do akt sprawy pomimo zobowiązania Sądu Okręgowego oraz wiadomości specjalnych, a zatem konieczne było przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego; ponadto, samo ustalenie, że koszty dokończenia były w nieokreślonym stopniu wyższe nie pozwala na dokonanie oceny, czy i w jakiej wysokości środki z gwarancji pozwani mogli zatrzymać, a zatem jest nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy;

gwarancje dostarczone przez powoda zabezpieczały roszczenie o realne wykonanie kontaktu, a celem ustanowionych zabezpieczeń było sfinansowanie dalszej realizacji kontraktu ze środków z gwarancji (zwolnienie inwestora z ponoszenia kosztów realizacji jego inwestycji), w szczególności ustalenie tej okoliczności m.in w oparciu o zeznania T. J. oraz zeznania J. K., które to zeznania prowadziły do odmiennych niż wskazane wniosków;

- gwarancje należytego wykonania kontraktu zabezpieczały roszczenia pozwanych związane z kosztami zmian projektowych oraz pracami dodatkowymi, które to koszty były poza zakresem odpowiedzialności powoda jako wykonawcy;

k) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wybiórczą ocenę dowodów i pominięcie części zeznań:

- T. J. w zakresie w jakim obejmowały one wyjaśnienia dotyczące motywacji powoda przy składaniu drugiego wniosku o zawezwanie do próby ugodowej, co skutkowało błędnym uznaniem przez Sąd Okręgowy, że drugi wniosek o zawezwanie do próby ugodowej został złożony wyłącznie w celu przerwania biegu terminu przedawnienia, podczas gdy z zeznań T. J. wynikało, że powód złożył drugi wniosek o zawezwanie do próby ugodowej, gdyż liczył na polubowne zakończenie sporu po tym jak po upływie okresu gwarancyjnego pozwani przedstawili rozliczenie środków z gwarancji;

- T. J. i J. K., w zakresie w jakim obejmowały one wyjaśnienia dotyczące celu ustanowionych przez powoda zabezpieczeń, co skutkowało błędnym uznaniem przez Sąd Okręgowy, że gwarancje zabezpieczały roszczenie o wykonanie kontraktu, podczas gdy z zeznań ww. osób wynikało, że gwarancje przedłożone przez powoda zabezpieczały roszczenia odszkodowawcze pozwanego z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy;

Wskazując na powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie od pozwanych na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania za obie instancje według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest zasadna co do rozstrzygnięcia zawartego w punktach 2 i 3 zaskarżonego wyroku i dlatego w tym zakresie musiała odnieść skutek.

Rozważenie zasadności podniesionych zarzutów należy rozpocząć od zbadania zarzutu przedawnienia.

W ocenie Sądu Apelacyjnego podniesiony zarzut przedawnienia roszczenia nie jest zasadny.

Warto zwrócić uwagę na zmiany w okolicznościach faktycznych sprawy, które miały miejsce już po pierwszym posiedzeniu pojednawczym. Upłynął okres gwarancyjny, pozwani przesłali pismo w sprawie rozliczenia środków z gwarancji oraz dokonano zwrotu na rzecz powoda części pobranych kwot a nadto nastąpiły zmiany osobowe w składzie zarządu powoda. Rację ma strona skarżąca podnosząc, że okoliczności te mają wpływ na ustalenie rzeczywistych motywacji powoda przy składaniu kolejnego wniosku o zawezwanie do próby ugodowej. Powód wzywał pozwanego do próby ugodowej dwukrotnie - wnioskami z 2 lipca 2009 r. oraz 24 lipca 2012 r. Podczas pierwszej próby ugodowej pozwany twierdził, że zawarcie ugody jest niemożliwe bo o rozliczeniu kwot z gwarancji strony mogą rozmawiać dopiero po 31 grudnia 2009 r. tj. po upływie okresu gwarancyjnego.

W dniu 5 lipca 2010r. pozwany przekazał powodowi pismo w sprawie rozliczenia środków pobranych z gwarancji. Następnie pozwany wypłacili powodowi części pobranych z gwarancji kwot (tj. wyłącznie 2.059.855,42 zł). Oznacza to, że po pierwszej próbie porozumienia co do roszczeń o zwrot środków pobranych z gwarancji wystąpiły nowe okoliczności, które miały wpływ na wzajemne roszczenia stron. Sposób rozliczenia gwarancji budził wątpliwości powoda, próby o nadesłanie dokumentacji źródłowej nie przyniosły rezultatu. Okoliczności te uzasadniały złożenie ponownego wniosku o zawezwanie do próby ugodowej. Powód miał prawo oczekiwać, że skoro środki z gwarancji są już zdaniem pozwanego rozliczone, to w toku postępowania pojednawczego pozwany przedstawi dokumenty źródłowe i rzetelne rozliczenie prac, a następnie strony porozumieją się co do wzajemnych roszczeń. Uzyskany zwrot środków powód traktował jako częściowy zwrot środków pobranych z gwarancji i mógł zakładać, że być może pozwany będzie skłonny do kolejnych, dalej idących ustępstw. Do ustępstw był skłonny powód. W momencie składania kolejnego wniosku o zawezwanie do próby ugodowej powód był stanie upadłości z możliwością zawarcia układu. Zależało mu zatem na racjonalnym zakończeniu sporu. Fakt częściowego zwrotu środków dał powodowi podstawy by sądzić, że do zawarcia ugody może dojść i strony unikną poddawania sporu pod ocenę sądu oraz ponoszenia niebagatelnych kosztów procesu.

Warto zwrócić uwagę na zeznania T. J., złożone w podczas przesłuchania w dniu 5 grudnia 2016 r., który wskazał, że powód wystąpił z pozwem dopiero w 2014 r. gdyż liczył na polubowne rozliczenie środków z gwarancji i uniknięcie sporu sądowego. Oczywiście jest, że wniosek o zawezwanie do próby ugodowej złożony na podstawie art. 185 § 1 k.p.c. stanowi jeden ze sposobów bezpośredniego dochodzenia przez wierzyciela swoich roszczeń przed sądem, skutkujący przerwaniem biegu przedawnienia, na gruncie art. 123 pkt 1 k.c. Nie można automatycznie zakładać, że kolejny wniosek złożony w tym samym układzie podmiotowym i mający za przedmiot te same roszczenia nie zmierza do zaspokojenia roszczenia nie może wywołać skutków przewidzianych w art. 123 pkt 1 k.c. W rozpoznawanej sprawie brak przesłanek do przyjęcia, że drugie zawezwanie do próby ugodowej zostało uczynione dla pozorów lub bez zamiaru ugodzenia się. W każdym razie strona pozwana takiego faktu nie udowodniła. Brak zatem podstaw do przyjęcia, że powód wszczynając po raz drugi postępowanie pojednawcze, nadużył swojego prawa, a drugi wniosek o zawezwanie do próby ugodowej miał na celu wyłącznie przerwanie biegu terminu przedawnienia. W ocenie Sądu Apelacyjnego powód złożył drugi wniosek o zawezwanie do próby ugodowej bezpośrednio w celu dochodzenia swoich roszczeń z tytułu pobranych z gwarancji.

Sąd Apelacyjny przychyła się do poglądu wyrażonego przez Sąd pierwszej instancji, że pozwany (...) S.A. w K. nie ma legitymacji biernej w niniejszej sprawie. Trafnie podano, że pozwany (...) podpisując umowę z powodem oraz występując w całym przedmiotowym procesie inwestycyjnym działał we własnym imieniu na rachunek pozwanego Województwa (...) będąc upoważnionym do reprezentowania pozwanego Województwa w przedmiocie budowy (...). Wynika to z zawartej między pozwanymi umowy o pełnienie zastępstwa inwestycyjnego w brzmieniu obowiązującym w 2003r. Trafnie pozwanego (...) potraktowano jako pełnomocnika pozwanego Województwa (...) (wyrok SN z dnia 2 lipca 2009r. V CSK 24/09). Skoro powoda nie łączyła z pozwanym (...) umowa z dnia 10 czerwca 2003r., to tym samym pozwany (...) nie ma legitymacji biernej w niniejszej sprawie. Prawidłowo powództwo w stosunku do tego pozwanego zostało oddalone. Apelujący kwestię legitymacji biernej pozostawił do uznania Sądu. Wobec podzielenia argumentacji

przedstawionej przez Sąd Okręgowy przyjęto, że pozwanym w sprawie może być wyłącznie Województwo (...), będące stroną umowy zawartej z powodem w dniu 10 czerwca 2003r.

W tym stanie rzeczy apelacja powoda w stosunku do rozstrzygnięcia obejmującego pozwanego (...) na podstawie art. 385 k.p.c. została oddalona.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. zgodnie z zasadą finansowej odpowiedzialności stron za wynik procesu. Wysokość stawki wynagrodzenia dla pełnomocnika pozwanej (...) SA określono na podstawie § 2 pkt 9 związku z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. poz. 1800 ze zm.).

Kolejne zarzuty podniesione w apelacji należy rozpoznać poczynając od zarzutów naruszenia prawa procesowego bowiem ewentualne uchybienia w tym zakresie mogą skutkować niewłaściwym zastosowaniem przepisów prawa materialnego.

Na uwzględnienie zasługuje podniesiony w apelacji zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolne przyjęcie, że koszty wykonania prac przez nowego wykonawcę ((...) S.A) były wyższe niż gdyby prace te wykonał powód, a to z uwagi na upływ czasu i konieczność pilnego wykonania robót tak, aby ukończyć inwestycję w planowanym terminie. Zasadnie podnosi strona skarżąca, że ustalenie takich okoliczności wymagało analizy dokumentacji źródłowej oraz wiadomości specjalnych, a zatem konieczne było przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Dowolne jest także ustalenie, że gwarancje dostarczone przez powoda zabezpieczyły roszczenie o realne wykonanie kontaktu, a celem ustanowionych zabezpieczeń było sfinansowanie dalszej realizacji kontraktu ze środków z gwarancji (zwolnienie inwestora z ponoszenia kosztów realizacji jego inwestycji).

Ocena zeznań świadków T. J. i J. K., w zakresie w jakim obejmowały one wyjaśnienia dotyczące celu ustanowionych przez powoda zabezpieczeń, co skutkowało błędnym uznaniem przez Sąd Okręgowy, że gwarancje zabezpieczyły roszczenie o wykonanie kontraktu.

Ustalenia te skutkowały błędnym zastosowaniem art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 471 k.c. oraz art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. prawo bankowe polegające na przyjęciu, że pozwani byli uprawnieni do skorzystania z przedłożonych przez powoda gwarancji należytego wykonania kontraktu, bowiem przysługiwało im względem powoda niepieniężne roszczenie o wykonanie zobowiązania z umowy zgodnie z jego treścią, mimo iż udzielone gwarancje zabezpieczyły wyłącznie roszczenia odszkodowawcze pozwanych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem kontraktu przez powoda, zaś niepieniężne roszczenie pozwanego o wykonanie umowy w dniu pociągnięcia gwarancji nie istniało, w związku z uprzednim złożeniem przez pozwanych oświadczenia o zaprzestaniu zatrudnienia powoda na kontrakcie (na podstawie klauzuli 63.3 Warunków Ogólnych kontraktu). Jak ustalono w trakcie realizacji kontraktu – w maju 2005r. – nastąpiły problemy z jego wykonaniem przez powoda z uwagi na problemy finansowe – powód nie płacił m.in. podwykonawcom. We wrześniu 2005r. została zakończona współpraca z powodem. W dniu 28 października 2005r. ogłoszono upadłość powoda obejmującą likwidację jego majątku. Po zakończeniu prac przez powoda pozwany (...) przejął rolę generalnego koordynatora i przejął umowy z podwykonawcami zawarte z powodem. W październiku 2005r. (...) wystąpił do (...) S.A. o uruchomienie środków z gwarancji, które wypłacono Województwu na mocy wyroku Sądu w dniu 12 października 2006r. W dniu 30 października 2006r. syndyk masy upadłości powoda odstąpił od umowy na wykonanie przedmiotowej inwestycji. Z uruchomionych środków z gwarancji dokończono inwestycję. Środki z gwarancji przeznaczono na wszystkie koszty związane z dokończeniem inwestycji w zakresie przedmiotowym, w jakim miał to wykonać powód a także na uregulowanie należnych zaległych wynagrodzeń podwykonawcom powoda.

Wbrew ocenie wyrażonej przez Sąd Okręgowy, gwarancje przedłożone przez powoda (wykonawcę) zabezpieczyły roszczenia pieniężne zamawiającego, będące skutkiem nienależytego wykonania kontraktu. Gwarancje te nie zabezpieczyły roszczenia o realne wykonanie zobowiązania polegającego na dokończeniu kontraktu.

Celem gwarancji należytego wykonania kontraktu (takich jak przedłożone przez powoda) jest zapewnienie zamawiającemu szybkiego zaspokojenia konkretnych roszczeń, które mogą powstać po jego stronie w związku z realizacją inwestycji budowlanej. Gwarancje należytego wykonania kontraktu muszą zabezpieczać konkretną wiarytelność pieniężną. Gwarancja zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu nie może być zatem środkiem, który zapewnia, że wierzyciel (beneficjent) otrzymuje więcej, niż by to wynikało z roszczeń powstałych na gruncie stosunku podstawowego z tego tylko względu, że zabezpieczył swój kontrakt. Trafnie podnosi strona skarżąca, że wykładnia gwarancji, której dokonał Sąd Okręgowy opierająca się na założeniu, że pozwany ad 1 nie musiał formułować względem powoda żadnych roszczeń pieniężnych i mógł przeznaczyć środki z gwarancji po prostu na sfinansowanie dokończenia kontraktu jest sprzeczna z naturą gwarancji jako prawa zabezpieczającego. Analiza obu przedłożonych przez powoda gwarancji prowadzi do wniosku, że były one były standardowymi, występującymi powszechnie w obrocie, zabezpieczeniami należytego wykonania kontraktu udzielanymi przez wykonawców robót budowlanych. W treści dokumentów gwarancji nie ma żadnych elementów, które mogłyby wskazywać na to, że nie służą one zabezpieczeniu wiarytelności odszkodowawczych zamawiającego, tylko wydatków na dokończenie kosztów kontraktu, na wypadek gdyby wykonawca (powód) z jakichkolwiek przyczyn nie mógł ukończyć przedmiotu umowy.

W rozpoznawanej sprawie Sąd Okręgowy uznał, że aby wykorzystać środki z gwarancji powód nie musiał posiadać żadnych konkretnych roszczeń pieniężnych (wiarytelności odszkodowawczych). Zdaniem tego Sądu wystarczającym powodem dla skorzystania z zabezpieczeń była już sama tylko okoliczność, że powód nie wykonuje kontraktu, a roszczeniem, które aktualizowało możliwość skorzystania z gwarancji, było roszczenie niepieniężne o wykonie umowy zgodnie z jej treścią. Twierdzenia te są wadliwe w świetle istoty gwarancji, jako zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu. Rozumowanie Sądu wypacza sens instytucji gwarancji bankowej. Okoliczność, że dokumenty kontraktowe nie stanowiły wprost, że gwarancje zabezpieczają jedynie roszczenia odszkodowawcze nie oznacza, że zakres zobowiązania gwaranta można było oznaczyć dowolnie, w oderwaniu od istoty gwarancji należytego wykonania kontraktu jako takiej oraz treści dokumentów (w szczególności treści gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez (...), która wprost wskazywała, że zakresem zobowiązania gwaranta objęte są wyłącznie roszczenia z tytułu nienależytego wykonania umowy przez powoda).

Żądanie zapłaty sumy gwarancyjnej musiało mieć zatem swoje uzasadnienie łączące zamawiającego z wykonawcą stosunku obligacyjnego tj. służyć zaspokojeniu konkretnych wiarytelności zamawiającego przeciwko wykonawcy (dłużnikowi w ramach stosunku podstawowego).

Skoro zobowiązaniem powoda było wybudowanie tunelu, to odpowiednikiem realnego wykonania takiego zobowiązania nie była zapłata za dokończenie tego tunelu, gdyby powód z jakichkolwiek względów go nie wybudował. Finansowanie inwestycji jest zawsze obowiązkiem inwestora; w przypadku nienależytego wykonania umowy o roboty budowlane wykonawca może odpowiadać za zwiększenie kosztów dokończenia inwestycji, przy uwzględnieniu oszczędności (compensatio lucri cum damno).

Ponadto należy wskazać, że wobec problemów finansowych powoda, pismem z 15 września 2005 r. pozwany poinformował, że kończy zatrudnianie powoda przy realizacji kontraktu stosownie do treści klauzuli 63.1 Warunków Ogólnych kontraktu, zaś w pkt klauzuli 63.2 i 63.3 Warunków Ogólnych określono prawne konsekwencje skorzystania z tego uprawnienia przez pozwanych. Pozwany oświadczył w sposób wyraźny, że nie chce, aby powód kontynuował prace budowlane i nie dopuszcza powoda do dalszej realizacji przedmiotu umowy. Zatem w czasie złożenia przez pozwanego żądań wypłaty gwarancji nie istniało roszczenie pozwanego o realne wykonanie umowy, gdyż takie roszczenie wygasło wskutek oświadczenia samego pozwanego.

Dodatkowo przeznaczenie przedłożonych przez powoda zabezpieczeń było jasne i jako takie nie wymagało w ogóle rekonstruowania w oparciu o zeznania świadków czy stron złożone w toku postępowania.

Wykładając cel gwarancji w oparciu o zeznania stron i świadków, którymi były osoby o wykształceniu technicznym, oceniający cel gwarancji przez pryzmat ich praktycznego wykorzystania Sąd Okręgowy błędnie ustalił, że gwarancje przedstawione zamawiającemu miały na celu zabezpieczenie również roszczenia niepieniężnego o wykonanie umowy.

Warto podkreślić, że celu udzielonych gwarancji nie determinuje miejsce realizacji inwestycji (jako istotne dla mieszkańców K.), którą gwarancja miała zabezpieczać, ani też sposób jej finansowania.

W przekonaniu Sądu Apelacyjnego pogląd Sądu Okręgowego, że roszczeniem uzasadniającym skorzystanie z gwarancji jest roszczenie niepieniężne o wykonanie umowy, sformułowany w oparciu o literalne brzmienie dokumentów gwarancji oraz zeznania stron i świadków, jest błędny i abstrahuje od celu (przeznaczenia) omawianego zabezpieczenia inwestycji budowlanej jako takiego. Gwarancje należytego wykonania kontraktu, zgodnie z treścią stosunku podstawowego i z naturą tego zobowiązania, zabezpieczają bowiem wyłącznie roszczenia pieniężne, wynikające z nienależytego wykonania umowy.

Uchybienie to skutkowało nierozpoznanie istoty sprawy i dlatego bezprzedmiotowym stało się rozważanie kolejnych zarzutów podniesionych w apelacji. W rozpoznawanej sprawie nie podjęto nawet próby ustalenia wysokości roszczeń odszkodowawczych przysługujących od powoda na rzecz strony pozwanej. Przeprowadzony w sprawie dowód z opinii biegłego P. K. okazał się nieprzydatny do rozstrzygnięcia bowiem w sprawie nie chodzi o zbadanie czy pochodzące z gwarancji środki zostały przeznaczone na dokończenie realizacji inwestycji tylko należy zbadać jakie roszczenia odszkodowawcze inwestor zaspokoił ze środków pochodzących z ustanowionych przez powoda zabezpieczeń.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy zadaniem Sądu pierwszej instancji będzie ustalenie zakresu roszczeń odszkodowawczych przysługujących stronie pozwanej w stosunku do powoda przy uwzględnieniu m.in. nierozliczonych wydatków poniesionych na podwykonawców powoda, zakup materiałów budowlanych, konieczne będzie ustalenie przyczyn dla czego koszty wykonania robót przez (...) S.A. były wyższe niż planowane koszty powoda, czy w umowie z nowym wykonawcą był ten sam zakres robót, czy wystąpiła konieczność robót dodatkowych i czy takie roboty dodatkowe także miałyby miejsce gdyby prace kontynuował powód. W celu dokonania tych ustaleń konieczne wydaje się zasięgnięcie opinii biegłego do spraw rozliczania inwestycji budowlanych. Ponadto Sąd Okręgowy dokona oceny aktywności procesowej stron oraz zakres realizacji ciężaru dowodu spoczywającego na uczestnikach niniejszego procesu i wyciągnie stosowne wnioski.

Mając to wszystko na uwadze zaskarżony wyrok nie mógł się ostać co do rozstrzygnięcia zawartego w punkcie 2 i 3.

W tym stanie rzeczy na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania apelacyjnego co do uchylonej części wyroku postanowiono stosownie do brzmienia art. 108 § 2 k.p.c.

SSA Irena Piotrowska