

Sygn. akt I ACa 1714/15

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 23 marca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Struzik
Sędziowie:	SSA Barbara Górczanowska (spr.) SSA Zbigniew Ducki
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Lech

po rozpoznaniu w dniu 9 marca 2016 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...)Spółki z o.o. w M.

przeciwko (...) S.A. w Ł.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 15 września 2015 r. sygn. akt VII GC 111/15

**1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że powództwo oddala i zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 7.217 zł (siedem tysięcy dwieście siedemnaście złotych) tytułem kosztów procesu;**

**2. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 25.400 zł (dwadzieścia pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

SSA Zbigniew Ducki SSA Andrzej Struzik SSA Barbara Górczanowska

## UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 23 marca 2016 roku.

(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w M. domagała się zasądzenia od pozwanego (...) S.A. w Ł. kwoty 400.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 2 marca 2015 r. do dnia zapłaty oraz kosztami procesu, tytułem kary umownej za odstąpienie od umowy konsorcjum przez Przedsiębiorstwo (...) Spółkę z o. o., naliczonej w oparciu o §(...)pkt.(...)umowy konsorcjum w związku z § (...)pkt.(...) umowy o roboty budowlane, w wysokości 20%

wynagrodzenia, do wypłaty której to kary umownej zobowiązane jest pozwane Towarzystwo na mocy udzielonej gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu.

Pozwany gwarant wniósł o oddalenie powództwa zarzucając, że warunki do wypłaty sumy gwarancyjnej nie zostały spełnione albowiem kary umowne nie zostały przewidziane w umowie konsorcjum, od której odstąpił zobowiązany lecz w umowie o roboty budowlane zawartej pomiędzy konsorcjum jako generalnym wykonawcą a inwestorem. Pozwany zarzucał powodowi nadużycie prawa w świetle art. 5 k.c., gdyż roszczenie beneficjenta jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa i zasadami współzycia społecznego.

Wyrokiem z dnia 15 września 2015 r. Sąd Okręgowy w Kielcach VII Wydział Gospodarczy zasądził od pozwanego ubezpieczyciela na rzecz powoda kwotę 400.000,00 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 2 marca 2015r. do dnia zapłaty oraz kwotę 27.217,00 zł tytułem kosztów procesu.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 24 kwietnia 2014 r. powód zawarł z (...) Spółką z o.o. w B. i (...) Spółką z o.o. w K. umowę konsorcjum, której przedmiotem było przygotowanie, opracowanie, złożenie, a w przypadku wyboru przez zamawiającego, także wspólna realizacja kontraktu, polegającego na budowie (...) Centrum (...). W umowie tej strony wybrały lidera konsorcjum, ustaliły odpowiedzialność za wykonanie kontraktu, dokonały podziału zadań i ról między poszczególnych jego uczestników a w(...) ust. (...) postanowiły, że wszelkie terminy związane z dokonaniem odbiorów częściowych, zanikających oraz końcowych oraz kary umowne, określa umowa z Zamawiającym, która jest integralną częścią umowy konsorcjum. Strony umowy postanowiły związać się takimi karami umownymi, jakie były przewidziane w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a konsorcjum zarówno co do wysokości, jak i podstaw ich naliczenia. W dniu 8 maja 2014 r. pomiędzy uczestnikami konsorcjum zostało zawarte porozumienie, zgodnie z którym lider konsorcjum – powód, złożył w jego imieniu ofertę zamawiającemu na kwotę 29.468.000 zł. Porozumienie to zawierało także regulację podziału wynagrodzenia i zakres pracy pomiędzy uczestnikami. (...) Sp. z o.o. w K. za wykonane instalacje sanitarne wewnętrzne i zewnętrzne, wentylację, klimatyzację, pompy ciepła i instalację kolektorów słonecznych miało otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 4.000.000 zł brutto. Następnie, w dniu 24 kwietnia 2014 r. została zawarta umowa o roboty budowlane nr (...) pomiędzy konsorcjum a zamawiającym tj. Uniwersytetem (...), w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego. W dalszej kolejności umowa oraz porozumienie z dnia 8 maja 2014 r. zostały zmienione aneksem nr (...) z dnia 6 listopada 2014 r. poprzez dodanie w(...)porozumienia ustępy nr (...) i (...) na podstawie których uczestnik (...) Sp. z o.o. w K. zobowiązał się do przedłożenia liderowi konsorcjum zabezpieczenia należytego wykonania umowy w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, w której wysokość zabezpieczenia będzie stanowiła kwotę 400.000 zł. W dniu 28 listopada 2014 r. pozwany udzielił (...) Sp. z o.o. w K. gwarancji ubezpieczeniowej wykonania kontraktu. Na jej podstawie gwarant zobowiązał się do nieodwołalnego i bezwarunkowego wypłacenia wskazanej kwoty, która ma zabezpieczać roszczenia powoda w stosunku do zobowiązanego z tytułu wymagalnych kar umownych wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania przez zobowiązanego kontraktu określonego w punkcie 1 zgodnie z jego treścią, z dnia wystawienia gwarancji, które to kary nie zostały zapłacone przez zobowiązanego. Należna kwota miała być płatna w terminie 30 dni od dnia otrzymania od beneficjenta pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty wraz pisemnym oświadczeniem w przedmiocie niewykonania zobowiązania, kopią wezwania do zapłaty i dokumentami poświadczającymi umocowanie osób podpisanych do działania w imieniu beneficjenta.

Następnie Sąd Okręgowy ustalił, że pismem datowanym na dzień 16 stycznia 2015 r. (...) Sp. z o.o. w K. poinformowało powoda o trudnej sytuacji finansowej i niemożności realizacji warunków umowy konsorcjum. W związku z powyższym powód pismem z 26 stycznia 2015 r. powołując się na § (...) pkt(...) i (...) umowy konsorcjum oraz na § (...) ust.(...) i (...) umowy o roboty budowlane odstąpił od zawartej umowy konsorcjum z winy Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. w K.. Ponadto na podstawie § (...) pkt (...) umowy o roboty budowlane naliczył karę umowną w wysokości 20% wynagrodzenia za realizację umowy czyli kwotę 800.000 zł. W związku z powyższym powód pismem z dnia 30 stycznia 2015 r. wezwał pozwanego do zapłaty pełnej sumy gwarancyjnej z powodu odstąpienia od umowy i niezapłacenia przez beneficjenta naliczonej kary umownej. Decyzją z dnia 24 marca 2015 r. pozwany odmówił realizacji wypłaty

roszczenia gwarancyjnego wskazując, że jego odpowiedzialność obejmuje kary umowne, jeżeli naliczy je zamawiający. Powód odwołał się od powyższej decyzji, jednakże pozwany podtrzymał dotychczasowe stanowisko i po raz kolejny odmówił wypłaty roszczenia. Powód w dniu 12 marca 2015 r. skierował do pozwanego ostateczne wezwanie do zapłaty zakreślając 3 dniowy termin uregulowania należności w kwocie 400.000 zł. Po zejściu firmy (...) z budowy, powód znalazł innych podwykonawców, którzy mieli dokończyć zakres przewidziany dla M.. Był to G. B., który wykonał odwierty i zapuścił wymienniki ciepła pod dolne źródła pomp ciepła, (...) sp. z o.o., która zobowiązała się do dostaw i montażu wentylacji i klimatyzacji, K. J., który wykonał instalacje pomp ciepła i instalacje solarne, A. P. która wykonała instalacje wodno–kanalizacyjne, c.o. i wody lodowej.

Według Sądu Okręgowego powództwo zasługuje na uwzględnienie. Sąd podał, że gwarancja jest umową jednostronnie zobowiązującą, z jej treści wynika, że ubezpieczyciel udzielający gwarancji zobowiązał się spełnić świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji (wierzyciela w stosunku podstawowym) w przypadku nie spełnienia zobowiązania przez dłużnika (ze stosunku podstawowego). Podstawą udzielania gwarancji jest obecnie ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U.10.11.66 j.t.); oraz przepisy kodeksu cywilnego – art. 353<sup>(1)</sup>k.c. Udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej następuje w formie odpłatnej umowy. Treść gwarancji nie może być poddana wykładni zaproponowanej przez stronę pozwaną. Projekt gwarancji opracowywał pozwany i to na nim spoczywają ewentualne skutki niejasności jej postanowień. Warunki realizacji gwarancji określił pozwany, zatem gdyby do powstania roszczenia po stronie beneficjenta koniecznym było spełnienie dodatkowego warunku, to podmiot profesjonalny winien taki warunek zastrzec w treści samego dokumentu. Pełnomocnik pozwanego podkreślał, że sama umowa konsorcjum nie zawierała zapisów dotyczących kar umownych. Niemniej jednak gwarancja była udzielona między innymi na okoliczność kar umownych przysługujących beneficjentowi, a sama umowa konsorcjum w § (...) ust (...) odwołując się w zakresie m.in. kar umownych stanowiła, że wszelkie terminy związane z dokonaniem odbiorów robót częściowych, zanikających oraz końcowych oraz kary umowne określa umowa z zamawiającym, która jest integralną częścią umowy konsorcjum. Logicznym są zatem twierdzenia powoda wsparte zeznaniami świadka, że strony umowy konsorcjum postanowiły zobowiązać się wzajemnie takimi karami, jakie były przewidziane umową z investorem zarówno w zakresie podstaw do ich wyliczenia jak i wysokości. Sama przesłanka gwarancyjna istniała przez odstąpienie od umowy przez beneficjenta ze zobowiązaniem z gwarancji z przyczyn leżących po stronie zobowiązanego i została naliczona za to odstąpienie stosowna kara.

W dalszej kolejności Sąd pierwszej instancji zwrócił uwagę, że gwarancja ubezpieczeniowa jest niestypizowaną, a przy tym ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych (art. 353<sup>1</sup> k.c.). Jej treść sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta (zakład ubezpieczeń) na rzecz beneficjenta gwarancji określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia losowego. Obowiązek zapłaty po stronie gwaranta przyjmuje przy tym zwykle charakter zobowiązania nieodwołalnego i bezwarunkowego. Gwarancja ubezpieczeniowa udzielana jest zazwyczaj na zlecenie dłużnika (kontrahenta) w celu wzmocnienia węzła obligacyjnego. Specyfika tego rodzaju gwarancji polega też na tym, że ma ona charakter zobowiązania w znacznym stopniu abstrakcyjnego, co związane jest z tym, że gwarant w zasadzie nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji. Sąd podkreślił, że gwarant może podnosić bez ograniczeń zarzuty wyprowadzone ze stosunku łączącego go z beneficjentem. Przyjmuje się też, że ze względu na specyfikę tego zobowiązania, treść gwarancji nie powinna być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 11.01.2006 r., I ACa 761/05, OSA 2007/5/16). Dlatego też brakuje wystarczających przesłanek by twierdzić, że uzależniono obciążenie (...) Sp. z o.o. w K. karami od tego, żeby powód został wpięty obciążony tymi karami przez zamawiającego. Takiego warunku nie sposób wyczytać ani z tej umowy ani też z treści samej gwarancji. Nie świadczy o tym odwołanie się do kontraktu (...). Jest ono w ocenie Sądu prostą konsekwencją tego, że sama umowa konsorcjum nie ustanawiała swoich własnych odrębnych uregulowań, postanawiając, że umowa z zamawiającym jest integralną częścią umowy konsorcjum, dlatego też umowa ta musiała być wskazana w gwarancji. Gdyby jednak pozwany dopatrył się w umowie takiego warunku, na jaki teraz się powołuje, gdy zażądano uruchomienia gwarancji, to powinien był wcześniej zwrócić uwagę beneficjentowi i zleceniodawcy na tę okoliczność, bądź też wprowadzić go do projektu gwarancji. Jednak pozwany tego nie zrobił,

więc w ocenie Sądu nie jest teraz zasadne zarzucanie powodowi, że nie miał żadnych pytań w procesie opracowywania warunków gwarancji lub zastrzeżeń do jej projektu, skoro takiego warunku tam nie wyczytał.

Sąd Okręgowy nie podzielił też stanowiska pozwanego, że powód w niniejszej sprawie nadużywa prawa, na podstawie art. 5 k.c., domagając się uruchomienia tej gwarancji, gdyż postępowanie to nie wykazało, aby domagał się on jakichś nienależnych korzyści. Chociaż sam powód nie został obciążony karami przez zamawiającego, to musiał ponieść zwiększone wysiłki i nakłady na znalezienie następców spółki (...) Sp. z o.o. w K. i dotrzymania terminów, którymi był związany mimo perturbacji właśnie związanych z powyżej wymienioną spółką. Okoliczności te znalazły potwierdzenia w zeznaniach świadka K. J., które Sąd Okręgowy uznał za spójne, logiczne i korespondujące z pozostałym, zebrany w sprawie, materiałem dowodowym w tym umowami zawartymi z następcami M. na inwestycji. Biorąc pod uwagę chronologię zawierania tych umów oraz ich zakresy rzeczowe i terminy realizacji należy wnioskować, że tak jej zeznał świadek, zostały one zawarte w następstwie odstąpienia od umowy z firmą (...)

W tym stanie rzeczy na podstawie art. 353<sup>(1)</sup> k.c. w związku z (...)pkt.(...) umowy konsorcjum z dnia 24 kwietnia 2014 r. w związku z (...)umowy o roboty budowlane z dnia 27 maja 2014 r. zasądzono od pozwanego na rzecz powoda kwotę 400.000 zł. wraz z ustawowymi odsetkami. O odsetkach orzeczono na podstawie art. 481 §1 i 2 k.c. O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 §1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł pozwany ubezpieczyciel (...) S.A. w Ł., zaskarżając go w całości. Zaskarżonemu wyrokowi pozwany zarzucił:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez błędną ich wykładnię, a mianowicie:

- art. 353<sup>(1)</sup> k.c. w zw. z pkt. 1 i 2 Gwarancji Ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu nr (...) z dnia 28.11.2014 w zw. z § (...)ust (...)pkt.(...)Umowy Konsorcjum z 24 kwietnia 2014 - polegającą na uznaniu, iż wypłata sumy gwarancyjnej nie jest uzależniona od możliwości naliczenia kar umownych zgodnie treścią § 17 Umowy o roboty budowlane nr (...)z 27.05.2014 oraz uznaniu, iż Umowa Konsorcjum z 27.04.2014r. daje podstawę liderowi konsorcjum do naliczenia kar umownych z tytułu odstąpienia od prac budowlanych oraz wystąpienia z konsorcjum uczestnikowi konsorcjum w sytuacji gdy prawidłowa wykładania w/w przepisów nakazuje przyjąć, iż wypłata sumy gwarancyjnej może nastąpić wyłącznie w przypadku naliczenia kar umownych określonych w § (...)Umowy o roboty budowlane nr (...)z 27.05.2014, a powód będący liderem konsorcjum nie miał podstaw do skutecznego naliczenia kar umownych na podstawie Umowy Konsorcjum w związku z odstąpieniem od umowy o roboty budowlane oraz wystąpieniem z konsorcjum przez Uczestnika Konsorcjum, a tym samym brak było podstaw do żądania wypłaty sumy gwarancyjnej z tytułu udzielenia Gwarancji Ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu nr (...);

- art. 483 § 1 k.c. w zw. z § (...) ust (...) pkt (...) Umowy Konsorcjum z 24 kwietnia 2014r. w zw. z § (...) Umowy o roboty budowlane nr(...)z 27.05.2014, polegający na błędnej wykładni zapisów Umowy Konsorcjum poprzez przyjęcie, iż zapis umowy konsorcjum o tym, iż „Wszelkie terminy związane z dokonaniem odbiorów robót częściowych, zanikających oraz końcowych oraz kary umowne określa umowa z Zamawiającym, która jest integralną częścią umowy konsorcjum”, daje podstawy powodowi jako liderowi konsorcjum do naliczenia kar umownych uczestnikowi konsorcjum w związku z odstąpieniem od robót budowlanych oraz wystąpieniem z konsorcjum w sytuacji gdy prawidłowa wykładania w/w zapisów wskazuje na to, iż prawo do naliczania kar umownych ma wyłącznie Zamawiający w rozumieniu Umowy o roboty budowlane nr (...)z 27.05.2014, w przypadkach przewidzianych w tej umowie, a Umowa o roboty budowlane nr (...) z 27.05.2014, nie przewiduje możliwości naliczenia kary umownej w związku z odstąpieniem od prac budowlanych przez uczestnika konsorcjum oraz wystąpieniem z konsorcjum.

- art. 483 § 1 k.c. poprzez błędną wykładnię tego przepisu polegającą na uznaniu, iż dopuszczalnym jest dorozumiane rozszerzanie przypadków uzasadniających naliczanie kar umownych w sytuacji gdy z treści cytowanego przepisu wynika, iż kary umowne winny być zastrzeżone w umowie w sposób nie budzący wątpliwości;

2. naruszenie przepisów prawa procesowego mających wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. - polegającym na przekroczeniu zasady swobodnej oceny dowodów: poprzez uznanie, iż z treści Umowy Konsorcjum z 24 kwietnia 2014r, twierdzeń powoda oraz zeznań świadka wynika, iż strony umowy konsorcjum zobowiązały się do zapłaty kar umownych uzasadniających nałożenie kary umownej na uczestnika konsorcjum w związku z odstąpieniem od robót budowlanych oraz wystąpieniem z konsorcjum.

Podnosząc powyższe pozwany wnosil o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych za postępowanie przed sądem I i II instancji.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja pozwanego jest uzasadniona.

Na wstępie należy zaznaczyć, że do niniejszego sporu zastosowanie znajdują przepisy ustawy uchylonej przez art. 503 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. z dnia 10 listopada 2015 r.), obowiązującej od dnia 1 stycznia 2016 r., a to na mocy jej art. 481, stanowiącego, że do postępowań wszczętych na podstawie ustawy uchylanej i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy ustawy, w zakresie, w jakim ustawa, w takich samych sprawach jak te, w których postępowania wszczęto, uprawnia organ nadzoru do wydawania decyzji lub aktów zawierających takie same rozstrzygnięcia, jak decyzje lub akty, które mogłyby być wydane na podstawie przepisów ustawy uchylanej. W art. 3 ust. 3 pkt 1 Ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (t.j. Dz.U. z 2010 r. nr 11 poz. 66) wskazano, iż czynnościami ubezpieczeniowymi, do których uprawniony jest zakład ubezpieczeniowy, jest m. in. zawieranie umów ubezpieczenia oraz umów gwarancji ubezpieczeniowych, które ustawodawca odróżnia od umów ubezpieczenia. W jej przypadku zastosowanie znajdują zatem przepisy Kodeksu Cywilnego, w tym art. 353<sup>1</sup> k.c., który - w brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 48 ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 55, poz. 321) - wprowadził do kodeksu cywilnego zasadę swobody umów. Ta swoboda obejmuje także możliwość kreowania czynności abstrakcyjnych, nie ma bowiem żadnych przeszkód, aby strony konstruowały zobowiązania wyabstrahowane, odłączone od istniejącego stosunku prawnego, albo istniejące niezależnie od niego.

Przyjmuje się, że zarówno gwarancja bankowa jak i gwarancja ubezpieczeniowa ma samodzielny i nieakcesoryjny charakter, a gwarant odpowiada nawet w przypadku braku winy w nieosiągnięciu zabezpieczonego rezultatu lecz przyjmuje ryzyko transakcji, a jego zobowiązanie ma zapewnić beneficjentowi pewien pozytywny wynik finansowy. Cechą charakterystyczną gwarancji nie jest przejęcie zobowiązań dłużnika, lecz przejęcie ryzyka transakcji, które ponosi wierzyciel. Służy ona do wyrównania beneficjentowi szkody, które to roszczenie staje się wymagalne z chwilą niespełnienia przez osobę trzecią, za której zachowanie udzielono gwarancji, świadczenia lub niezaciągnięcia przez nią zobowiązania. Oznacza to niezrealizowanie się skutku, za który udzielono gwarancji. (por. uchw. Sądu Najwyższego 7 sędziów - zasada prawna, z dnia 16 kwietnia 1993 r. III CZP 16/93 - OSNC 1993/10/166 oraz uchw. Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r. III CZP 66/94 - OSNC 1995/10/135).

Słusznie Sąd Okręgowy przyjmuje, że w przypadku gdy gwarancja zawiera, tak jak w spornej sprawie, klauzulę „nieodwołalnie i bezwarunkowo”, oraz kreuje abstrakcyjne zobowiązanie gwaranta wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków łączących dłużnika z wierzycielem, to w takiej sytuacji gwarant nie może przeciwstawić wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego bowiem nie jest on upoważniony w stosunku gwarancyjnym do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji. (por. w.w. uchwały SN oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2004 r. I CK 102/03 - LEX nr 163973). Jednakże niewątpliwie gwarantowi przysługują zarzuty wynikające ze stosunku łączącego go z beneficjentem, powstałego wskutek udzielenia gwarancji. Jako dopuszczalne zarzuty gwaranta przeciwko żądaniu zapłaty sumy gwarancyjnej uważa się zarzuty z treści umowy gwarancji, zarzuty dotyczące ważności i istnienia stosunku prawnego gwarancji, zarzuty osobiste gwaranta wobec beneficjenta i zarzut nadużycia gwarancji (J. Pisuliński Komentarz do art. 81 ustawy - Prawo bankowe, LexisNexis 2007; M. Spyra Komentarz do art. 81 ustawy - Prawo bankowe; Zakamycze 2005). Nie można

także odmawiać gwarantowi prawa do zbadania, czy zgłoszona przez beneficjenta wierzytelność znajduje oparcie w umowie i powstała wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy chronionej gwarancją. Tylko bowiem w takiej sytuacji uruchomiona zostaje odpowiedzialność gwaranta. Ryzyko gwaranta nie może zaś obejmować okoliczności nieprzewidzianych w umowie stron (wyrok SN z 7 stycznia 1997 r., I CKN 37/96, LexPolonica nr 319609, OSP 1997, nr 5, poz. 97). Zarzuty z treści umowy gwarancji polegają na powołaniu się przez gwaranta na niespełnienie przesłanek zapłaty określonych w liście gwarancyjnym. Niekiedy może to wymagać ustalenia pełnej treści przesłanek zapłaty w drodze wykładni listu gwarancyjnego. Taką możliwość dopuścił Sąd Najwyższy właśnie w wyżej powołanym wyroku I CKN 37/96.

Jak wynika z treści gwarancji należytego wykonania kontraktu. nr (...) z dnia 28.11.2014 r., została ona udzielona „w związku z umową nr(...)zawartą pomiędzy Beneficjentem a Zobowiązanym w dniu 27.05.2014 r., której przedmiotem jest ”Realizacja kontraktu dotyczącego budowy (...) Centrum (...) w C. – na podstawie umowy nr (...)z dnia 27.05.2014 wraz z Porozumieniem z dnia 8.05.2014 r. do Umowy konsorcjum, zmienionym Aneksem nr (...) z dnia 06.11.2014””, (zwaną dalej Kontraktem)” (punkt (...)) i zabezpieczyła „roszczenie Beneficjenta w stosunku do Zobowiązanego z tytułu wymagalnych kar umownych wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania przez Zobowiązanego Kontraktu określonego w punkcie (...), zgodnie z jego treścią” (punkt (...)). Z analizy powyższych postanowień dokumentu gwarancji wynika niezbicie, że warunkiem uruchomienia gwarancji było niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez zobowiązanego „Kontraktu”, czyli umowy nr (...)z 27 maja 2014 r., tj. umowy o roboty budowlane, zawartej z inwestorem przez konsorcjum firm, w tym powoda, będącego liderem, ale także Firmę (...) (umowa karta 51-92). Gwarancja dotyczyła zatem roszczeń Beneficjenta (powoda) w stosunku do Zobowiązanego z tytułu kar umownych określonych w tejże umowie (o roboty budowlane), co stwierdza punkt (...) Gwarancji. Umowa ta miała być realizowana z zachowaniem warunków „porozumienia z dnia 8.05.2014 r. do Umowy Konsorcjum” (określającego wysokość wynagrodzenia członka konsorcjum – Firmy (...)), zmienionego Aneksem nr (...) z dnia 06.11.2014r. Na uwagę zasługuje, iż w dokumencie gwarancji nie powołano się na postanowienia samej umowy konsorcjum z dnia 24 kwietnia 2014 r., gdzie zawarto powoływane przez powoda postanowienie w § (...) pkt (...), iż „wszelkie terminy związane z dokonaniem odbiorów robót częściowych, zanikających oraz końcowych oraz kary umowne określa umowa z Zamawiającym, która jest integralną częścią Umowy Konsorcjum”. W świetle tego postanowienia nie jest zatem oczywiste, jak twierdzi powód i jak za jego twierdzeniem ustalił Sąd Okręgowy, że umowa konsorcjum powielala wszystkie kary umowne przewidziane w umowie o roboty budowlane a nie tylko te, które są związane z wykonywaniem i odbiorami robót budowlanych, na co wskazywałoby sformułowanie tego postanowienia. Należy zwrócić uwagę, że w § (...) pkt (...) umowy konsorcjum strony tej umowy wprowadziły karę umowną między uczestnikami konsorcjum, ale dotyczyła ona wyłącznie zakazu konkurencji. Skoro jednak w dokumencie gwarancji nie powołano postanowień umowy konsorcjum, nie można przyjąć, by była ona podstawą udzielenia gwarancji i by gwarancja dotyczyła zasad jej wykonywania a gwarant przejął na siebie ryzyko związane z jej niewykonaniem lub wykonaniem nienależytym. Należy zatem odnieść się do wymienionego w gwarancji porozumienia a zwłaszcza aneksu do tegoż porozumienia. Na uwagę zasługuje, iż porozumienie nie stanowi aneksu do umowy konsorcjum lecz odrębną umowę, zawartą pomiędzy powodem a Firmą (...), z pominięciem trzeciego uczestnika konsorcjum, (...) Spółki z o. o. w B.. W tych okolicznościach nieuprawnione było ustalenie przez Sąd pierwszej instancji, że porozumienie zostało zawarte „pomiędzy uczestnikami konsorcjum”; jeśli nawet, to nie wszystkimi. Skoro zatem porozumienie stanowi odrębną umowę, jakkolwiek powiązaną przedmiotowo z umową konsorcjum, tym bardziej nie sposób znaleźć w przedmiotowym dokumencie gwarancji odniesienia do treści tej umowy konsorcjum z 24 kwietnia 2014 r., w szczególności co do kar umownych. Porozumienie ogranicza się jedynie do wskazania wysokości wynagrodzenia konsorcjum w ofercie złożonej inwestorowi oraz ustala wynagrodzenie Firmy (...). Z kolei aneks nr (...) z dnia 6 listopada 2014 r., pomimo, że w tytule wskazuje zarówno porozumienie z dnia 8 maja 2014 r. jak i umowę konsorcjum z dnia 24 kwietnia 2014 r., to zawarty został także z pominięciem trzeciego uczestnika konsorcjum, (...), jak również wprowadza zmiany wyłącznie do porozumienia (z uwagi na brak podpisu przedstawiciela Spółki (...), nie mógłby nawet wprowadzić zmian w umowie konsorcjum). Należy podkreślić, że do §(...) porozumienia, który dotyczy wysokości wynagrodzenia konsorcjum za cały przedmiot umowy z inwestorem oraz wynagrodzenia Firmy (...) za przypisany temu podmiotowi zakres robót, strony wprowadziły dalsze ustępy nr (...) i(...) (ustęp numer (...) już w § (...) występował), w których ustanowiono odrębne od gwarancji uruchomionej na rzecz zamawiającego

przez lidera konsorcjum czyli powoda (ust. (...)), zabezpieczenie na rzecz lidera konsorcjum „należytego wykonania umowy i usunięcia wad i usterek”. Równoczesne odniesienie do należytego wykonania umowy oraz wad i usterek, świadczy o tym, że gwarancja miała dotyczyć wykonywania umowy o roboty budowlane, a nie umowy konsorcjum, w ramach której o wadach nie mogło być mowy. Dodatkowo na taką interpretację treści aneksu nr (...) wskazuje rozdysponowanie kwotą zabezpieczenia: 30% miało być zatrzymane na cały okres gwarancji i rękojmi na rzecz gwarancji usunięcia wad i usterek, a zwrócone po upływie 15 dni od upływu tego okresu. To zabezpieczenie mogło być wniesione w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, a w razie jej niewniesienia w tej formie, lider konsorcjum (powód) był uprawniony do potrącania z każdej faktury wystawionej przez Firmę (...), kaucji w wysokości 10% wynagrodzenia brutto. Również w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej, jej 30% miało dotyczyć gwarancji usunięcia wad i usterek, do dnia 11 czerwca 2010 r. W świetle omówionej wyżej treści aneksu nr (...) a tym samym porozumienia, do którego aneks wprowadzał zmiany, nie ulega wątpliwości, że przedmiotowa w sprawie gwarancja zabezpieczała należyte wykonanie umowy o roboty budowlane zawartej pomiędzy inwestorem a konsorcjum firm i uruchamiała się w wypadkach przewidzianych w tej umowie na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania tej umowy.

Dodać należy, że umowa o roboty budowlane nr (...) przewidywała wyłącznie kary umowne dla zamawiającego w stosunku do generalnego inwestora, którym było konsorcjum trzech firm, ponoszących względem inwestora odpowiedzialność solidarną, z mocy art. 141 w zw. z art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W treści umowy konsorcjum, w tym w § (...) ust. (...), brak jest podstaw do przyjęcia, by w stosunkach pomiędzy uczestnikami konsorcjum ustanowione zostały kary umowne na wypadek nienależytego wykonania umowy konsorcjum bądź by kary umowne określone w § (...) umowy o roboty budowlane miały obowiązywać w stosunkach pomiędzy współkonsorcjantami. Stosunków tych dotyczyła jedynie wyraźnie wymieniona w § (...) punkt(...) umowy konsorcjum kara umowna za naruszenie zakazu składania własnej oferty w przetargu lub jako członek innego konsorcjum. Jeśli nawet by przyjąć powyższą interpretację, to pozostaje istotne pytanie, któremu konsorcjantowi przypisano rolę zamawiającego a któremu rolę generalnego wykonawcy. Należy przypomnieć, że w świetle art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych, każdy z członków konsorcjum jest traktowany jako wykonawca, z tą jednak różnicą, że konsorcjanci składają wspólny wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ofertę, natomiast lider konsorcjum jest tylko pełnomocnikiem pozostałych uczestników konsorcjum do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie ma podstaw, by w braku wyraźnego i jednoznacznego postanowienia umownego w tej kwestii, przypisać liderowi konsorcjum pozycję zamawiającego w rozumieniu umowy o roboty budowlane, któremu przysługiwałoby prawo do naliczania kar umownych w stosunku do pozostałych uczestników konsorcjum, w tym Firmy (...).

Zgodnie z postanowieniem w punkcie(...) dokumentu gwarancji, beneficjent obowiązany był do wezwania dołączyć oświadczenie, że zobowiązany, pomimo pisemnego wezwania, nie wykonał lub nienależycie wykonał kontrakt objęty gwarancją i nie uiścił wymagalnych kar umownych oraz, że żądana kwota jest należna z tytułu gwarancji. Jak wyżej wskazano, objęty gwarancją był kontrakt nr (...), tj. umowa o roboty budowlane zawarta pomiędzy inwestorem a konsorcjum firm. Według § (...) tej umowy, kara umowna za odstąpienie od umowy przysługiwała zamawiającemu w przypadku odstąpienia przez niego od umowy z przyczyn leżących po stronie generalnego wykonawcy, czyli wszystkich uczestników konsorcjum. Powód niewątpliwie zdawał sobie z tego sprawę, skoro w oświadczeniu, o którym mowa w punkcie (...) gwarancji, powołał się na nienależyte wykonanie umowy nr (...) i umowy konsorcjum wraz z porozumieniem i aneksem oraz oświadczył, że odstąpił od umowy ale nie wskazał, której to umowy to odstąpienie dotyczyło. Nie wskazał też jakie zdarzenie i w którym punkcie postanowienia umowy, było podstawą naliczenia kary umownej, a jest to konieczne do zweryfikowania przez gwaranta czy wezwanie beneficjenta ma umocowanie w umowie. W tej formule gwarancji niewątpliwie jej beneficjent powinien podać przyczynę - ustaloną w umowie - z powodu której wzywa gwaranta do spełnienia gwarantowanego świadczenia, co nie oznacza, że ciąży na nim obowiązek wykazania, iż przyczyna ta rzeczywiście wystąpiła. Jednakże powód takiej przyczyny jednoznacznie nie określił a nawet i ta określona przez niego nie była objęta umową gwarancji, na co wskazano powyżej.

Odnosząc się do stanowiska Sądu Okręgowego, że za niejasności zawarte w treści gwarancji odpowiada gwarant, należy wskazać, że sama gwarancja takich wątpliwości nie nasuwa. W gwarancji jednoznacznie ustalono, że zabezpiecza ona roszczenia beneficjenta w stosunku do zobowiązanego z tytułu kar umownych wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania kontraktu, tj. umowy nr (...), zgodnie z jego treścią, nie zaś z treścią innych umów. Umowy konsorcjum, na którą powołuje się powód w dokumencie gwarancji nawet nie wymieniono, a w powołanym w nim porozumieniu i aneksie o karach umownych brak jest jakiegokolwiek wzmianki. Równocześnie treść aneksu jednoznacznie określiła cel gwarancji, a żądana przez powoda kara umowna za odstąpienie od umowy konsorcjum z winy zobowiązanego, poza ten cel wykracza.

W świetle powyższego stanowiska, apelację pozwanego ubezpieczyciela należało uznać za uzasadnioną, prowadzącą do zmiany zaskarżonego wyroku, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 6 i § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 490) na zasadzie odpowiedzialności za wynik sporu w postępowaniu apelacyjnym.

--	--	--