

Sygn. akt I ACa 601/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 lipca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

**Przewodniczący: SSA Dorota Ochalska – Gola (spr.)**

**Sędziowie: SA Krystyna Golinowska**

**SA Anna Beniak**

Protokolant: st. sekr. sąd. Katarzyna Olejniczak

po rozpoznaniu w dniu 7 lipca 2017 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa **K. Ł.**

przeciwko **Gminie M. P.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 16 lutego 2017 r. sygn. akt X GC 1181/15

1. oddała apelację;
2. zasądza od Gminy M. P. na rzecz K. Ł. kwotę 4.050 (cztery tysiące pięćdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt I ACa 601/17

## UZASADNIENIE

Powód K. Ł. wniósł o wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym i zobowiązanie w nim pozwanej Gminy M. P. do zapłaty kwoty 113.604,35 złotych wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 20 września 2015 roku wraz z kosztami postępowania. Wskazał, że dochodzona pozwem kwota stanowi część należnego powodowi wynagrodzenia z tytułu łączącej strony umowy o roboty budowlane, wynikającą z faktury VAT nr (...). Roboty, za które powód dochodzi wynagrodzenia, zostały wykonane i odebrane.

Nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 12 listopada 2015 roku Sąd Okręgowy w Łodzi X Wydział Gospodarczy uwzględnił żądanie pozwu.

Strona pozwana wniosła zarzuty od powyższego nakazu zapłaty domagając się jego uchylenia i oddalenia powództwa, a nadto zasądzenia kosztów postępowania. Pozwana Gmina powołała się na potrącenie wierzytelności wzajemnej z tytułu kary umownej naliczonej na podstawie § 13 ust. 1 pkt 4 umowy łączącej strony tj. z tytułu odstąpienia od umowy w przypadku, gdy powód przerwał realizację robót na okres dłuższy niż 7 dni.

Odnosząc się do twierdzeń strony pozwanej powód wskazał, że w dacie odstąpienia od umowy przez pozwaną umowa łącząca strony już nie obowiązywała, ponieważ K. Ł. odstąpił od niej pismem z dnia 25 sierpnia 2015 roku. Pozwana Gmina miała udzielić powodowi gwarancji zapłaty wynagrodzenia za realizację umowy z dnia 4 marca 2015r., w zakreślonym przez powoda 45 dniowym terminie tj. ostatecznie do dnia 24 sierpnia 2015r. Pozwana Gmina do dnia 25 sierpnia 2015 r. nie udzieliła gwarancji zapłaty, dlatego powód pismem z dnia 25 sierpnia 2015 r. na podstawie art. 649<sup>4</sup> k.c. odstąpił od umowy.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 16 lutego 2017 r. Sąd Okręgowy w Łodzi utrzymał w całości w mocy nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym wydany przez ten Sąd w dniu 12 listopada 2015 r. i zasądził od Gminy M. P. na rzecz K. Ł. kwotę 3.859,02 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania zabezpieczającego.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd pierwszej instancji oparł na następujących ustaleniach faktycznych, które Sąd Apelacyjny w pełni aprobuje i przyjmuje za własne:

W dniu 4 marca 2015 roku strony zawarły umowę nr (...), w ramach której powód jako wykonawca, zobowiązał się względem zamawiającego – Gminy P. do wykonania zadania pod nazwą „Budowa P. Centrum (...) Rehabilitacyjnego na terenie Specjalnego Ośrodka Szkolno – (...) w P., mieszczącego się przy ul. (...)”. Szczegółowe wyliczenie prac wchodzących w skład wskazanego zadania zostało przedstawione w § 3 umowy. Zgodnie z § 4 umowy z 4 marca 2015 roku, termin rozpoczęcia prac został określony na dzień nie wcześniej niż 1 kwietnia 2015 roku, zaś termin wykonania przedmiotu umowy określono na dzień 31 października 2015 roku. Strony umówiły się, że za wykonane prace powodowi przysługiwać będzie wynagrodzenie w kwocie 3.060.240,00 złotych brutto (§ 6 umowy z 4 marca 2015 roku). Ponadto strony w umowie uregulowały takie kwestie jak obowiązki stron (§ 5), sposób rozliczenia przedmiotu umowy (§ 7), kary umowne (§ 11) czy prawo odstąpienia od umowy (§ 13).

Pismem z dnia 9 lipca 2015 roku, powód wystosował do pozwanego prośbę o prolongatę terminu wykonania przedmiotu umowy, wskazując jako jej uzasadnienie znaczne utrudnienia realizacji przedmiotowego projektu wynikające z braku współdziałania ze strony zamawiającego. Podkreślił, że mimo przekazania przez pozwanego dokumentacji projektowej, dokumentacja ta zawierała istotne niespójności pomiędzy projektem a stanem faktycznym uniemożliwiające dalsze prace budowlane, o których pozwany był informowany. Powód wymienił w treści pisma te rozbieżności. Pomimo zgłaszania powyższych uwag, pozwany nie podjął działań w celu usunięcia wad projektowych, co skutkowało wstrzymaniem prac przez stronę powodową. Powód wezwał również pozwanego do udzielenia gwarancji zapłaty za roboty budowlane w terminie 45 dni od daty otrzymania pisma w wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia pozostałego do zapłaty zgodnie z umową łączącą strony.

Zgodnie z ustaleniami umownymi (§ 7 ust. 1 – 3 umowy), w dniu 18 sierpnia 2015 roku, przedstawiciele stron sporządzili i podpisali protokół odbioru częściowego robót nr 4 w branży budowlanej, wykonanych w okresie od dnia 1 lipca 2015 roku do dnia 19 sierpnia 2015 roku. Powyższy protokół stanowił podstawę wystawienia faktury VAT nr (...) na kwotę 113.604,35 złotych brutto, zaś sama faktura wpłynęła do pozwanego w dniu 20 sierpnia 2015 roku.

Pismem datowanym na dzień 21 sierpnia 2015 roku pozwany informował powoda o zamiarze podpisania gwarancji z Bankiem (...), a także zwracał się z prośbą o przybycie osób uprawnionych do reprezentowania powodowej firmy po odbiór tej gwarancji w dniu 24 sierpnia 2015 roku o godz. 17<sup>00</sup> do Urzędu Miasta P..

Tego samego dnia przedstawiciel pozwanego wystosował do powoda wiadomość mailową z załącznikiem, w postaci skanu pisma. Nie można stwierdzić czego dotyczyło załączone pismo, gdyż nie jest to ujęte ani w treści wiadomości ani w temacie wiadomości. Dodatkowo także w dniu 21 sierpnia 2015 r. przedstawiciele pozwanego próbowali skontaktować się z powodem w siedzibie jego przedsiębiorstwa, ale próby te okazały się nieskuteczne.

W dniu 24 sierpnia 2015 roku pozwany podpisał z Bankiem (...) umowę o udzielenie gwarancji nr (...) - (...). Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 7 przedmiotem gwarancji, jest gwarancja zapłaty za zakupione towary i usługi w ramach umowy zawartej pomiędzy K. Ł. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą (...) K. Ł. ul. H. P. 18, (...) - (...) P. a Gminą – Miastem

P. z siedzibą w P. o nr 26/WIR – (...) z dnia 4 marca 2015 roku na realizację zadania pn. „Budowa P. Centrum (...) Rehabilitacyjnego na terenie Specjalnego Ośrodka Szkolno- (...) w P. mieszczącego się przy ulicy (...)” wraz z Aneksem nr (...) z dnia 5 sierpnia 2015 roku. W § 1 ust. 7 Bank (...) uzależnił wydanie dokumentu gwarancji w dniu 24 sierpnia 2015 roku od następujących warunków:

- 1) zaakceptowania przez Zleceniodawcę (Gminę P.) projektu dokumentu gwarancji poprzez złożenie na nim oświadczenia w brzmieniu „Akceptujemy treść dokumentu gwarancji” opatrzonego datą i podpisem Zleceniodawcy oraz niezwłocznym przekazaniem dokumentu Bankowi,
- 2) ustanowienia prawnego zabezpieczenia spłaty wierzytelności z tytułu gwarancji w postaci wystawienia przez Zlecającego weksla własnego in blanco,
- 3) wpłacenia pierwszej prowizji w wysokości 11.643,11 złotych na rachunek bankowy Banku (...).

Dokument gwarancji nr (...) zapłaty za zakupione towary i usługi datowany jest na dzień 24 sierpnia 2015 roku, i w tym dniu również weszła ona w życie.

Notatką służbową z dnia 24 sierpnia 2015 roku stwierdzono, że mimo prób kontaktu pozwanego z powodem ten nie stawiał się w Urzędzie Miasta P. w celu odbioru dokumentu gwarancji. Próby kontaktu polegały na kontakcie telefonicznym, mailowym oraz faksowym. Dodatkowo przedstawiciele Urzędu miasta w godz. 14.30 oraz 15.15 udali się do siedziby powoda, ale nie zastali żadnego z pracowników. Pozwany po nieudanych próbach doręczenia dokumentu gwarancji powodowi, nadał go na pocztę, zaś sama przesyłka została odebrana w dniu 27 sierpnia 2015 roku.

W dniu 24 sierpnia 2015 roku powód udzielił swoim pracownikom dnia wolnego, za dzień 15 sierpnia, który jest dniem wolnym od pracy a wypadł w sobotę. Ponadto biuro strony powodowej pracuje w godzinach 7<sup>00</sup> – 15<sup>00</sup>.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2015 roku powód złożył pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od przedmiotowej umowy na mocy art. 649<sup>4</sup> § 2 k.c. z powodu braku doręczenia żądanej gwarancji zapłaty za roboty budowlane we wskazanym terminie oraz wezwał pozwanego do zapłaty zaległego wynagrodzenia. Pismem z tej samej daty powód poinformował ponadto pozwaną Gminę o zamiarze przeprowadzenia inwentaryzacji zgodnie z zapisami umowy i wezwał zamawiającego do udziału w tych czynnościach. Od 25 sierpnia 2015 r. powód zaprzestał wykonywania prac na terenie budowy.

W piśmie z dnia 26 sierpnia 2015 roku, pozwana Gmina uznała oświadczenie o odstąpieniu od umowy za bezpodstawne i wezwała powoda do wznowienia robót pod rygorem odstąpienia od umowy zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 4 umowy.

W dniu 27 sierpnia 2015 roku została przeprowadzona inwentaryzacja robót i sporządzono z niej protokół jednostronny, ponieważ na miejscu nie pojawił się przedstawiciel strony pozwanej. Tego samego dnia odbyło się spotkanie powoda z Prezydentem Miasta P., przedmiotem którego było omówienie sytuacji dotyczącej realizacji umowy, a także kwestia złożonego przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Pismem z dnia 28 sierpnia 2015 roku, strona pozwana wezwała powoda do wznowienia robót, a w dniu 3 września 2015 roku złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 4 marca 2015 r. w trybie art. § 13 ust. 1 pkt 4 umowy z wyłącznej winy powoda. W uzasadnieniu powyższego oświadczenia wskazano, że powód przerwał prace na terenie budowy w dniu 25 sierpnia 2015 roku i mimo wezwania do wznowienia prac nie uczynił tego w związku z czym po stronie zamawiającego zaktualizowało się uprawnienie do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy z wyłącznej winy powoda.

Pismami z dnia 17 września 2015 roku pozwana Gmina poinformowała powoda o naliczeniu kary umownej z powodu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w kwocie 306.397,64 złotych i złożyła oświadczenie

o potrąceniu kary umownej z wynagrodzeniem przysługującym powodowi w tym z wynagrodzeniem stwierdzonym fakturą VAT (...) roku z dnia 19 sierpnia 2015 roku na kwotę 113.604,35 złotych.

W piśmie z dnia 5 października 2015 roku powód zakwestionował naliczenie kar umownych wskazując, że jako pierwszy skutecznie odstąpił od umowy łączącej strony, dlatego też brak jest podstaw prawnych jak i faktycznych do naliczenia mu kar umownych. Nota księgowa obciążająca powoda karami umownymi została mu doręczona w dniu 12 października 2015 roku.

Pismem z dnia 14 stycznia 2016 roku, przedstawiciele Banku (...), w związku z treścią gwarancji zapłaty (...), złożyli oświadczenie w którym stwierdzają że zakres udzielonej gwarancji zabezpiecza płatność wynagrodzenia na rzecz beneficjenta K. Ł. zrealizowanych przez niego dostaw, usług a także robót budowlanych.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny, Sąd pierwszej instancji uznał powództwo za uzasadnione.

Strony postępowania łączyła umowa o roboty budowlane (art. 647 k.c.). Jednym z przysługujących wykonawcy uprawnień na tle umowy o roboty budowlane jest możliwość żądania przez niego, aby inwestor udzielił w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych gwarancji zapłaty. Gwarancja ta może przybrać postać gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, a także akredytywy bankowej lub poręczenia banku udzielonego na zlecenie inwestora (art. 649<sup>1</sup> § 1 i 2 k.c.). Zgodnie z art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c. jeżeli wykonawca nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 45 dni, uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia. Z kolei § 2 powołanego przepisu precyzuje, że brak żądanej gwarancji zapłaty stanowi przeszkodę w wykonywaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących inwestora. Zgodnie z art. 649<sup>4</sup> § 3 k.c. inwestor nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania robót budowlanych, jeżeli wykonawca był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkód z przyczyn dotyczących inwestora. Jednakże w wypadku takim inwestor może odliczyć to, co wykonawca oszczędził z powodu niewykonywania robót budowlanych.

Z odwołaniem do poglądów doktryny, Sąd pierwszej instancji wskazał, że udzielenie gwarancji zapłaty wykonawcom i podwykonawcom ma na celu zabezpieczenie terminowej zapłaty wynagrodzenia ustalonego w umowie o roboty budowlane. Nieprzedstawienie przez inwestora wykonawcy żądanej przez niego gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez niego, nie krótszym niż 45 dni, terminie oznacza, że od tego momentu przysługuje mu prawo odstąpienia od umowy o roboty budowlane

W realiach sporu strona pozwana dokonywała płatności na rzecz powoda za wykonywane przez niego roboty. Jednakże żądanie ustanowienia gwarancji na rzecz wykonawcy robót budowlanych nie jest uzależnione od wystąpienia szczególnych przesłanek. Możliwość żądania udzielenia gwarancji przysługuje w czasie trwania umowy, na każdym jej etapie, nawet jeśli inwestor nie zalega względem wykonawcy z zapłatą wynagrodzenia. Dlatego też powód wystąpił z żądaniem udzielenia gwarancji, wyznaczając minimalny czas wynikający z ustawy czyli 45 dni w wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia pozostałego do zapłaty zgodnie z umową. Pozwana Gmina rozpoczęła proces pozyskiwania gwarancji zapłaty, ale w między czasie powstał po jej stronie obowiązek zapłaty faktury nr (...) z dnia 19 sierpnia 2015 roku na kwotę 113.604,35 złotych.

Pozwana Gmina pozyskała gwarancję bankową udzieloną przez Bank (...) w dniu 24 sierpnia 2015 roku. W tym dniu została podpisana umowa gwarancyjna z Bankiem oraz pozwany podjął nieskuteczne próby doręczenia powodowi dokumentu gwarancji. W ocenie Sądu Okręgowego, na ostatni dzień terminu do udzielenia gwarancji tj. na dzień 24 sierpnia 2015 roku powód nie był w posiadaniu dokumentu gwarancji, ponieważ nie odebrał jej w Urzędzie miasta P., a sam dokument został dopiero tego dnia wysłany do niego pocztą przez pracowników strony pozwanej i doręczony w dniu 27 sierpnia 2015 roku. Pozwany nie wykazał również, że powód wiedział o fakcie udzielenia gwarancji przez Bank (...).

Zdaniem Sądu Okręgowego, w przypadku zabezpieczenia zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane gwarancją bankową dopiero przekazanie wykonawcy dokumentu gwarancji powoduje powstanie zabezpieczenia i to właśnie data przekazania samego dokumentu powinna decydować o spełnieniu lub niespełnieniu obowiązku udzielenia gwarancji przez inwestora. Należy zauważyć, że pozwany podjął działania w celu doręczenia gwarancji w ostatnich dniach wyznaczonego przez powoda terminu. Sama umowa została podpisana ostatniego dnia terminu i tego dnia pozwany podjął szereg prób doręczenia dokumentu powodowi, które nie powiodły się. Strona pozwana nie przedstawiła również okoliczności wskazujących na trudności związane z wcześniejszym uzyskaniem gwarancji zapłaty.

W tym stanie rzeczy odstąpienie od umowy dokonane przez powoda było skuteczne i ma on prawo żądać zaległego wynagrodzenia za wykonaną pracę. Powyższe przesądza także o tym, że oświadczenie Gminy M. P. o odstąpieniu od umowy łączącej strony, złożone na skutek przerwania przez powoda prac na okres dłuższy niż 7 dni nie może zostać uznane jako skuteczne, co oznacza, że strona pozwana nie miała podstaw obciążenia powoda karą umowną i potrącenia wierzytelności z tego tytułu z wierzytelnością powoda objętą pozwem.

Niezależnie od przedstawionych argumentów, Sąd Okręgowy zwrócił ponadto uwagę na nieskuteczność oświadczenia strony pozwanej o potrąceniu. Wskazując na warunki potrącenia zastrzeżone w art. 498 § 1 k.c., Sąd pierwszej instancji podkreślił, że jednym z nich jest wymagalność wierzytelności przedstawianej do potrącenia. Wymagalność wierzytelności potrącającego oznacza, że upłynął termin spełnienia świadczenia (art. 455 k.c.). Przez wymagalność wierzytelności rozumie się stan, w którym wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności, a dłużnik jest obowiązany spełnić świadczenie. Wówczas też następuje dopuszczalność potrącenia.

W rozpatrywanej sprawie wierzytelność strony pozwanej w chwili złożenia oświadczenia o potrąceniu nie była jeszcze niewymagalna, ponieważ pozwany nie wzywał powoda do zapłaty kary umownej, ale tego samego dnia złożył oświadczenie o jej nałożeniu i jednocześnie o jej potrąceniu, bez wezwania do zapłaty. Jak wskazuje orzecznictwo potrącenie przez zamawiającego wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelności wykonawcy z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane wymaga wcześniejszego wezwania do zapłaty. Z odwołaniem do poglądów judykatury, Sąd pierwszej instancji wywodził, że zastrzeżenie kary umownej nie rodzi zobowiązania z właściwości którego wynikałby określony termin spełnienia świadczenia, nie ma bowiem wystarczających podstaw do twierdzenia, że świadczenie kary umownej powinno nastąpić niezwłocznie po naruszeniu powinności kontraktowych (art. 455 k.c.), przeciwnie, jeżeli w umowie strony nie oznaczyły terminu spełnienia świadczenia z tytułu kar umownych, zobowiązanie takie ma charakter bezterminowy. Wymagalność roszczenia należy łączyć z nadejściem ostatniego dnia pozwalającego dłużnikowi spełnić świadczenie zgodnie z treścią zobowiązania, a dzień tak rozumianej wymagalności może być utożsamiany z terminem spełnienia świadczenia także w zakresie zobowiązań bezterminowych. Zauważyć jednak należy, że jeżeli przyjmemy, iż wymagalność następuje z ostatnim dniem, w którym dłużnik może jeszcze, bez naruszania treści zobowiązania, spełnić świadczenie, to jednocześnie trzeba przyjąć, że wierzyciel nie ma jeszcze prawnej możliwości dochodzenia zaspokojenia roszczenia. Przyjął zatem należy, że wymagalność łączyć należy z upływem terminu spełnienia świadczenia, dopiero bowiem po jego upływie, kiedy dłużnik popada w opóźnienie, wierzyciel dysponuje skutecznymi środkami dochodzenia roszczeń.

W niniejszym postępowaniu pozwany naliczył kary umowne i obciążył nimi powoda, ale nie wezwał go do ich zapłaty wraz z wyznaczeniem terminu, do którego należy je zapłacić. Tym samym w chwili złożenia oświadczenia o potrąceniu wierzytelność pozwanego nie była wymagalna, a samo oświadczenie nie wywołuje skutku w postaci umorzenia się wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej.

Ze względu na powyższe Sąd Okręgowy na mocy art. 496 k.p.c. utrzymał w mocy nakaz zapłaty. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania zabezpieczającego nastąpiło na podstawie art. 745 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniosła strona pozwana, zaskarżając go w całości i zarzucając mu:

1. naruszenie przepisów prawa procesowego mające istotny wpływ na wynik sprawy:

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i dokonania jego oceny z pominięciem istotnej części tego materiału, tj. z pominięciem dowodu z dokumentu w postaci e-maila wysłanego przez pozwanego do powoda w dniu 21 sierpnia 2015 roku o godz. 10:38, w którym pozwany poinformował powoda o wyznaczonej dacie i planowanym miejscu przekazania powodowi dokumentów gwarancyjnych. Niniejszy e-mail został wysłany na sześć wskazanych adresów poczty elektronicznej należących do powoda i świadczy o tym, że brak posiadania przez powoda dokumentów gwarancyjnych w dniu 24 sierpnia 2015 roku był spowodowany przyczynami leżącymi wyłącznie po stronie powoda. Dodatkowo świadek M. K. potwierdził w swych zeznaniach, że w dniu 21 sierpnia pozwany przesłał za mocą e-maila informację do powoda o terminie i godzinie odbioru gwarancji (e-protokół rozprawy z dnia 3 listopada 2016 r. czas nagrania 00:20:46), podobnie świadek G. K. przyznała, że 21 sierpnia pozwany przekazał do powoda w/w pisma za pomocą e-maila (e-protokół rozprawy z dnia 3 listopada 2016 r. czas nagrania 01:05:34);

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i dokonania jego oceny z pominięciem istotnej części tego materiału to jest:

#.

- zeznań powoda K. Ł., co do wskazanych przez niego okoliczności, że: "normalnie w siedzibie firmy jest trzech pracowników biura" (e-protokół rozprawy z dnia 2 lutego 2017 r. czas nagrania 00:15:54) i że „w dniu 21 sierpnia biuro normalnie pracowało, chyba było trzech pracowników”, co świadczy o tym, że e-mail pozwanego z dnia 21 sierpnia 2015 roku informujący powoda o wyznaczonej dacie i planowanym miejscu przekazania powodowi dokumentów gwarancyjnych powinien zostać odczytany przez pracowników powoda i tylko zaniedbanie z ich strony spowodowało, że ostatecznie dokumenty gwarancyjne nie zostały przekazane osobiście powodowi w dniu 24 sierpnia 2015 roku, tylko zostały w tej dacie wysłane do niego za pośrednictwem urzędu pocztowego;

- naruszenie przepisów prawa procesowego, mających istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 k.p.c. w związku z art. 6 k.c. w związku z art. 3 k.p.c. i art. art. 232 zd. pierwsze k.p.c. przez wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków sprzecznych z tym materiałem i dokonanie ustaleń faktycznych z naruszeniem zasad logicznego rozumowania poprzez uznanie przez Sąd I instancji, że powód skutecznie odstąpił od w/w umowy z powodu braku uzyskania dokumentu gwarancji zapłaty, za co odpowiedzialność ponosi wyłącznie strona pozwana;

- naruszenie art. 98 k.p.c. poprzez jego błędne zastosowanie i obciążenie strony pozwanej obowiązkiem zwrotu kosztów procesu powodowi;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego:

- art. 649<sup>1</sup> § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że spełnienie przez inwestora obowiązku wynikającego z tego przepisu następuje w dacie skutecznego doręczenia dokumentu gwarancyjnego do wykonawcy, podczas gdy norma prawna wynikająca z niniejszego przepisu stanowi jedynie o "udzieleniu" wykonawcy gwarancji zapłaty, a nie o "doręczeniu" gwarancji zapłaty, natomiast celem tej instytucji jest spowodowanie korzystnej zmiany w sferze interesu prawnego wykonawcy poprzez zabezpieczenie terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia, co następuje w ramach odrębnego stosunku prawnego dokonującego się pomiędzy inwestorem, a bankiem (albo inną uprawnioną instytucją finansową) i co rzeczywiście nastąpiło (terminowo) w analizowanej sprawie;

- art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że z brzmienia tego przepisu wynika uprawnienie wykonawcy robót budowlanych do odstąpienia od umowy w przypadku braku doręczenia mu dokumentu gwarancyjnego przez inwestora, mimo tego, że w wymaganej dacie faktycznie nastąpiło zabezpieczenie płatności wykonawcy, a brak doręczenia dokumentu nie był spowodowany przyczyną leżącą po stronie inwestora. Norma prawna wynikająca z niniejszego przepisu stanowi o prawnej możliwości odstąpienia od umowy przez wykonawcę w przypadku braku uzyskania dla niego żądanej gwarancji zapłaty, rozumianej jako udzielane przez inwestora (ściślej: na zlecenie inwestora przez bank lub ubezpieczyciela) zabezpieczenie roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, co w niniejszej sprawie nastąpiło w dniu 24 sierpnia 2015 roku, tj. w ostatnim dniu 45-dniowego

terminu wskazanego przez powoda. Skorzystanie przez wykonawcę z uprawnienia do żądania udzielania gwarancji zapłaty (art. 649<sup>3</sup> § 1 k.p.c.) powoduje bowiem, że po stronie inwestora powstaje (w ramach stosunku obligacyjnego wynikającego z umowy o roboty budowlane) uboczny obowiązek polegający na doprowadzeniu do ustanowienia przez bank lub inną instytucję finansową na rzecz wykonawcy jednego z zabezpieczeń określonych w art. 649<sup>1</sup> § 2 k.c. - co w niniejszej sprawie nastąpiło w dniu 24 sierpnia 2015 roku, tj. w ostatnim dniu 45-dniowego terminu wskazanego przez powoda.;

- art. 498 § 1 k.c. w związku z § 11 ust. 1 pkt 7 umowy nr (...) poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że wierzytelność pozwanego o zapłatę kary umownej nałożonej na powoda nie była wymagalna i nie nadawała się do potrącenia, podczas gdy wierzytelność w kontekście w/w postanowień umowy była wymagalna co najmniej w dacie odstąpienia od umowy. Strony zgodnie postanowiły, że wykonawca jest zobowiązany zapłacić zamawiającemu karę umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Jeśli więc spełni się ta przesłanka to następuje wymagalność świadczenia dłużnika (wykonawcy) i konsekwentnie z tą chwilą pozwany może domagać się zapłaty, co przekłada się na możliwość dokonania potrącenia.

Dodatkowo skarżący wskazał na nowe fakty, to jest podniósł, że niżej wymienione osoby ze strony powoda odebrały i wyświetliły e-maila wysłanego do pozwanego w dniu 21 sierpnia 2015 roku, informującego powoda o wyznaczonej dacie i planowanym miejscu przekazania powodowi dokumentów gwarancyjnych:

#.

- osoba obsługująca skrzynkę e-mailową w biurze powoda wyświetliła tę wiadomość w dniu 21 sierpnia 2015 roku o godz. 10:49;
- E. P. - pracownik powoda wyświetliła tę wiadomość w dniu 23 sierpnia 2015 roku o godz. 08:41.

W celu wykazania tych okoliczności apelujący wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentów w postaci: potwierdzenia wyświetlenia e-maila przez pracownika powoda E. P., potwierdzenia wyświetlenia e-maila przez pracownika biura powoda, wyjaśnienie informatyczne treści w/w dokumentów. Skarżący argumentował, że powołane fakty i dowody nie były i nie mogły być mu znane, bowiem zostały one ujawnione dopiero po wykonaniu wielu czynności i zabiegów informatycznych, pozwalających ostatecznie wyodrębnić z kopii zapasowej serwera pozwanego informacje na nim zanotowane o skutecznym doręczeniu powodowi e-maila z dnia 21 sierpnia 2015 roku, który został wyświetlony na komputerach powoda pod odpowiednimi adresami IP. Te fakty oraz dokumenty świadczą o tym, że powód zapoznał się z informacjami o możliwościach odbioru dokumentu gwarancyjnego, znając dokładną datę i godzinę możliwego ich przekazania.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uchylenie w całości nakazu zapłaty wydanego przez Sąd Okręgowy w dniu 12 listopada 2015 r. w sprawie sygn. X GNc 1017/17 i oddalenie powództwa, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji. Apelujący wniósł ponadto o zasądzenie od powoda kosztów postępowania za obie instancje.

Powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego.

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

Apelacja strony pozwanej nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że spór w rozpatrywanej sprawie jest kolejnym postępowaniem cywilnym między stronami, w którym przedmiotem oceny Sądów obu instancji pozostaje oświadczenie woli K. Ł. z dnia 25 sierpnia 2015 r. o odstąpieniu od umowy z dnia 4 marca 2015 r. nr 26/WIR- (...), a także skuteczność oświadczenia strony pozwanej o potrąceniu wierzytelności wzajemnej z dnia 17 września 2015 r. W toku postępowania w sprawie sygn. I ACa 187/17 Sąd Apelacyjny w Łodzi dokonał oceny analogicznych zarzutów strony pozwanej i wyrokiem z dnia 10 maja 2017 r. oddalił jej apelację, dzieląc stanowisko Sądu pierwszej instancji, iż K. Ł. skutecznie odstąpił od

umowy z dnia 4 marca 2015 r., a w konsekwencji stronie pozwanej nie przysługiwała wzajemna wierzytelność z tytułu kary umownej przedstawiona do potrącenia. Sąd Apelacyjny, w składzie rozpoznającym apelację w niniejszej sprawie, w pełni aprobuje wywody i rozważania przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 maja 2017 r. w sprawie sygn. I ACa 187/17.

Ocenę zarzutów skarżącego wypada poprzedzić ogólną konstatacją co do kognicji Sądu drugiej instancji w ramach postępowania apelacyjnego. Sąd Apelacyjny rozpoznaje sprawę w granicach apelacji, które są wyznaczone wnioskami tego środka odwoławczego. W tych granicach ma zatem obowiązek oceny poprawności stosowania prawa materialnego niezależnie od tego, czy ewentualne uchybienia w tej kwestii zostały wskazane w apelacji (podobnie SN w postanowieniu z dnia 6 sierpnia 2015 r. w sprawie V CSK 677/14, LEX nr 1797980; w wyroku z dnia 13 listopada 2014 r. w sprawie V CNP 8/14, LEX nr 1622336).

Analizując zachowanie strony pozwanej w zakresie obowiązku uzyskania na żądanie powoda gwarancji zapłaty za roboty budowlane (art. 649<sup>1</sup> § 1 k.c.), Sąd pierwszej instancji skupił się na ocenie terminowości tego świadczenia, a w konsekwencji także zarzuty apelacji koncentrują się przede wszystkim na wykazaniu, że przed upływem wyznaczonego terminu wykonawca uzyskał gwarancję zapłaty. Tymczasem należy z całą mocą podkreślić, że niezależnie od oceny okoliczności faktycznych dotyczących skutecznego powiadomienia powoda o sposobie i terminie odbioru dokumentu gwarancji, sam dokument gwarancji udzielonej przez Bank (...) w W. nie odpowiadał żądaniu powoda, a tym samym nawet przy hipotetycznym założeniu, że został on skutecznie doręczony K. Ł. w dniu 24 sierpnia 2015 r., brak jest podstaw dla przyjęcia, że pozwany inwestor w terminie wywiązał się z obowiązku udzielenia gwarancji zapłaty za roboty budowlane.

W piśmie z dnia 9 lipca 2015 r. powód wezwał pozwaną Gminę do udzielenia gwarancji zapłaty za roboty budowlane w jednej z form przewidzianych w przepisach prawa w terminie 45 dni od dnia otrzymania tego pisma w wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia pozostającego do zapłaty zgodnie z umową stron z dnia 4 marca 2015 r. nr 26/WIR- (...). Pismo to nie zawierało żadnych innych warunków gwarancji zapłaty, ani tym bardziej nie stanowiło udzielonej ex ante aprobaty wykonawcy dla dodatkowych warunków gwarancji narzuconych arbitralnie przez stronę pozwaną lub instytucję udzielającą zabezpieczenia w tej formie. Zaznaczyć trzeba, że beneficjent gwarancji może nie akceptować jej treści oraz warunków i odmówić przyjęcia tak udzielonego zabezpieczenia, a tym samym w takim stanie faktycznym, o ile udzielona gwarancja ma obiektywnie istniejące wady, nie będzie można uznawać, że taka gwarancja została skutecznie udzielona. Ocena, czy udzielona gwarancja jest gwarancją „żądaną” w rozumieniu art. 694<sup>4</sup> § 1 k.c., czy też dawała podstawy do odstąpienia od umowy z winy inwestora, dokonywać należy w oparciu o wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności o ustalenie, jakiej gwarancji wykonawca się domagał, jak przebiegała dotychczasowa współpraca stron, mając przede wszystkim na uwadze art. 354 § 2 k.c. (tak m.in. SA w K. w wyroku z dnia 26 marca 2014 r., I ACa 24/14, Legalis nr 992938).

Jak trafnie podkreślił Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wyroku w sprawie sygn. I ACa 187/17, z nieuzyskaniem żądanej gwarancji zapłaty mamy do czynienia zarówno w przypadku, gdy w prawidłowo wyznaczonym terminie inwestor nie wydał wykonawcy dokumentu gwarancji, jak i w sytuacji, w której gwarancja została ustanowiona, a dokument wydany, niemniej jej treść jest sprzeczna z żądaniem wykonawcy lub wykracza poza zakres dopuszczalnej swobody kształtowania treści gwarancji (tak P. Drapała, w: J. Gudowski (red.), Kodeks Cywilny. Komentarz, 2017 tom IV, część szczególna, uwaga 1 do art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c.). W rozpatrywanej sprawie gwarancja udzielona przez Bank (...) w W. nie spełniała oczekiwanych przez powoda warunków gwarancji zapłaty za roboty budowlane. Z umowy o udzielenie gwarancji zawartej w dniu 24 sierpnia 2015 r. pomiędzy stroną pozwaną a gwarantem oraz z samego dokumentu gwarancji wynika, że jej przedmiotem jest gwarancja zapłaty za „...zakupione towary i usługi” w ramach umowy nr (...), co w profesjonalnym obrocie gospodarczym winno być odróżnione od wynagrodzenia za roboty budowlane. Strony sporu łączyła umowa, która zawierała elementy umowy o dzieło (prace projektowe), umowy o roboty budowlane i umowy sprzedaży (dostawa materiałów i sprzętu), a w tej sytuacji ograniczenie gwarancji do zapłaty za towary i usługi może świadczyć o celowym ograniczeniu odpowiedzialności gwaranta jedynie do niektórych roszczeń z umowy z dnia 4 marca 2015 roku. Rację miał zatem powód zwracając w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji uwagę,



że gwarancja zapłaty nie stanowiła zabezpieczenia zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane. Wydaje się, że te wątpliwości podzielała także pozwana Gmina, skoro to z jej inicjatywy gwarant – Bank (...) w oświadczeniu z dnia 14 stycznia 2016 roku (k 206) dokonał swoistej wykładni swojego oświadczenia woli. Dokument ten jest jednak o tyle pozbawiony znaczenia prawnego, że powstał nie tylko po złożeniu przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane, ale nawet po upływie okresu, na jaki gwarancja została udzielona. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, że strona pozwana za pomocą powołanego dokumentu skutecznie wykazała, iż zgodnym zamiarem stron i celem umowy o udzielenie gwarancji objęte zostało wynagrodzenie należne powodowi z tytułu wykonanych robót budowlanych, a nie tylko zapłata za towary i usługi, jak wynika z literalnego brzmienia tej umowy oraz samego dokumentu gwarancji. Reasumując, gwarancja zapłaty udzielona została na warunkach odbiegających od oczekiwań wykonawcy i przez niego nie zaakceptowanych i choćby z tej tylko przyczyny nie sposób uznać, że strona pozwana w terminie wywiązała się z obowiązku uzyskania wymaganej przez powoda gwarancji zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane.

Niezależnie od przedstawionej dotychczas argumentacji, niezasadne pozostają zarzuty apelacji dotyczące naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia tych dowodów, które w ocenie skarżącego przekonują, iż powód został skutecznie poinformowany drogą elektroniczną o terminie i sposobie odbioru dokumentu gwarancji, a nadto, że on i jego pracownicy uchylali się od odbierania połączeń telefonicznych, faksów i korespondencji elektronicznej przesyłanej przez pozwaną Gminę, co świadczy o naruszeniu przez wykonawcę obowiązku współdziałania przy wykonywaniu łączącej strony umowy o roboty budowlane. W orzecznictwie podkreśla się, że ocena wiarygodności i mocy dowodów przeprowadzonych w danej sprawie obejmuje rozstrzygnięcie o przeciwnych twierdzeniach stron na podstawie własnego przekonania sędziego powziętego w wyniku bezpośredniego zetknięcia ze świadkami, stronami, dokumentami i innymi środkami dowodowymi. Powinna ona odpowiadać regułom logicznego rozumowania wyrażającym formalne schematy powiązań między podstawami wniosku i wnioskami oraz uwzględniać zasady doświadczenia życiowego wyznaczające granice dopuszczalnych wniosków i stopień prawdopodobieństwa ich występowania w danej sytuacji. Jeżeli z określonego materiału dowodowego Sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena Sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu na podstawie tego materiału dowodowego dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami, lub gdy wnioskowanie Sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych to przeprowadzona przez Sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona. Postawienie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie może natomiast polegać na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego, ustalonego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów (por. wyrok SN z dnia 7 stycznia 2005 r. w sprawie IV CK 387/04, LEX nr 177263; wyrok SN z dnia 10 czerwca 1999 r. w sprawie II UKN 685/98, OSNAPiUS 2000 nr 17, poz. 655).

Apelujący nie przedstawił tego rodzaju juretrycznej argumentacji wskazującej na uchybienie zasadom logiki oraz regułom wiedzy i doświadczenia życiowego, która przekonywałaby o naruszeniu przez Sąd pierwszej instancji zasad swobodnej oceny dowodów. Przeciwnie, to wywody apelacji odwołują się jedynie do odpowiednio wybranych fragmentów materiału dowodowego i pomijają wnioski płynące z analizy wszystkich zebranych w sprawie dowodów.

I tak, akcentowany w apelacji dowód w postaci wiadomości przesłanej drogą elektroniczną w dniu 21 sierpnia 2015 r. (k 161 akt) z pewnością nie jest dokumentem prywatnym lub urzędowym w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Jest to jedynie wydruk komputerowy, który nie został opatrzony podpisem wystawcy i może być traktowany co najwyżej jako inny dokument w rozumieniu art. 243<sup>1</sup> k.p.c. Dodatkowo w swej treści zawiera on jedynie informację o przesłaniu bliżej nieokreślonego pisma i prośbę o potwierdzenie jego odczytania. Z dokumentu tego nie wynika jednak, jakie pismo stanowiło ów załącznik. Wbrew twierdzeniom apelującego, nie wynika to także bezspornie z zeznań świadków M. K. i G. K.. Żadne z nich nie jest autorem wskazanej wiadomości e-mail i nie zajmowało się wysyłaniem korespondencji drogą elektroniczną. W rezultacie zeznania tych świadków odnosiły się jedynie ogólnie do prób doręczenia powodowi w formie faksu i drogą elektroniczną pisma informującego o terminie odbioru gwarancji. Nie sposób przy tym pominąć, że wskazane dowody odnoszą się w oczywisty sposób jedynie do

czynności nadawczej, nie potwierdzają natomiast w żadnym stopniu, że wiadomość o określonej treści dotarła drogą elektroniczną do adresata tj. do powoda lub upoważnionego przez niego pracownika.

Za nieskuteczne wypada także uznać próby wywodzenia w oparciu o zeznania pozwanego swoistego domniemania faktycznego skutecznego doręczenia i odczytania wiadomości przesłanej drogą elektroniczną w dniu 21 sierpnia 2015 r. Pozwany w złożonych zeznaniach potwierdził jedynie, że biuro jego firmy w P. pracowało w tym dniu w godzinach 7<sup>00</sup> - 15<sup>00</sup>, wskazując, że w pracy obecnych było chyba trzech pracowników. Te zeznania wymagają jednak konfrontacji z zeznaniami świadka E. P. – pracownicy powoda, do której obowiązków należało m.in. prowadzenie korespondencji i obsługa administracyjna spornej inwestycji, a która podała, że w biurze zatrudnionych było 3 pracowników łącznie z nią, zaś w dniu 21 sierpnia 2015 r. korzystała z urlopu wypoczynkowego. Z zeznań tych wynika zatem, że w dniu 21 sierpnia 2015 r. spośród stałych pracowników biura mogły być obecne co najwyżej dwie osoby, przy czym zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwala ustalić, jaki był zakres obowiązków tych pracowników. Nie wiadomo także, czy wśród tych osób były te, których imienne adresy e-mail zostały wskazane w wiadomości strony pozwanej z dnia 21 sierpnia 2015 r. z godziny 10:38. Tym samym wyłącznie w oparciu o bezsporny fakt otwarcia biura przedsiębiorstwa powoda w dniu 21 sierpnia 2015 r. nie sposób z zachowaniem wymogów z art. 231 k.p.c. wyprowadzić domniemania faktycznego o doręczeniu i odczytaniu spornej wiadomości, a tym bardziej załącznika do niej o treści sugerowanej przez stronę pozwaną. Zastosowanie domniemania faktycznego jest możliwe, gdy dla wniosku domniemania nie ma innych hipotez konkurencyjnych i wnioski nie budzi wątpliwości z uwagi na starannie zebrane dowody (tak m.in. SN w wyroku z dnia 16 stycznia 2014 r. w sprawie I UK 285/13, LEX nr 1498591; podobnie w wyroku z dnia 5 grudnia 2007 r. w sprawie II PK 103/07, LEX nr 863973), a te warunki w rozpatrywanej sprawie nie zostały spełnione.

Nieuprawniona pozostaje także teza, że ewentualny brak zapoznania się z treścią wskazanych wiadomości e-mail jest wyłącznie skutkiem zaniedbania ze strony powoda i jego pracowników, a tym bardziej, że z ich strony było to celowe zaniechanie. Wypada przypomnieć, że strona pozwana dysponowała dostatecznie długim terminem dla uzyskania gwarancji zapłaty, a realne działania w tym przedmiocie podjęła tuż przed jego upływem. W szczególności ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie wynika, by uprzednio informowała powoda o jakichkolwiek czynnościach podjętych w celu uzyskania gwarancji zapłaty. Nie można przy tym zgodzić się z twierdzeniem, że to sam wykonawca powinien skontaktować się ze stroną pozwaną w tym celu. Tego rodzaju obowiązku nie da się zwłaszcza wyprowadzić z art. 354 § 2 k.c. i treści umowy o roboty budowlane. Wykonawca był jedynie zobligowany do odbioru prawidłowo wystawionego dokumentu gwarancyjnego, nie miał natomiast obowiązku dowiadywania się, czy tego rodzaju dokument został już wystawiony i jakie są przyczyny zwłoki inwestora. Apelujący w sposób nieuprawniony odnosi przy tym swoje rozważania dotyczące rzekomych zaniechań pracowników powoda do całego okresu od 21 sierpnia 2015 r. do 24 sierpnia 2015 r., pomijając, że w świetle niezakwestionowanych ustaleń Sądu pierwszej instancji, w dniu 24 sierpnia 2015 r. biuro przedsiębiorstwa powoda było nieczynne, a dni 22 i 23 sierpnia 2015 r. (sobota i niedziela) były dniami wolnymi od pracy. Warto dodatkowo przypomnieć, że bezskuteczne okazały się próby osobistego doręczenia informacji o sposobie i terminie odbioru gwarancji, bowiem w dniu 21 sierpnia 2015 r. pracownik pozwanego dotarł do siedziby przedsiębiorstwa w P. około godziny 16<sup>00</sup> tj. po godzinach pracy biura (vide rozliczenie podróży służbowej k 211).

Na koniec tych rozważań przypomnieć trzeba, iż w dniu 21 sierpnia 2015 r. strona pozwana nie dysponowała dokumentem gwarancji zapłaty. W dacie wysłania analizowanego e-maila gwarancja zapłaty nie istniała, bowiem wystawiona została dopiero w dniu 24 sierpnia 2015 roku. Co więcej, w dniu 21 sierpnia 2015 r. Bank (...) nie był nawet zobligowany do jej wystawienia, bowiem umowa o udzielenie gwarancji została przez pozwaną Gminę zawarta także w dniu 24 sierpnia 2015 r. W istocie zatem pozwana wzywała powoda do odbioru nieistniejącego dokumentu gwarancji, co do którego po jej stronie nie istniało nawet roszczenie o jego wystawienie. W dniu 21 sierpnia 2015 r. powód nie mógł zatem uzyskać ani wiążących informacji o treści gwarancji, ani tym bardziej dokonać jej odbioru. Realne działania pozwanej w celu uzyskania gwarancji przypadły na ostatni dzień udzielonego przez powoda terminu, a skutkami własnych zaniedbań pozwana Gmina w sposób nieuprawniony próbuje obarczyć powoda, który skorzystał z przysługujących mu uprawnień.

W podsumowaniu dotychczasowych rozważań wypada zgodzić się z Sądem pierwszej instancji, iż pozwana Gmina nie wykazała w toku postępowania, że w skuteczny sposób powiadomiła powoda o sposobie i terminie odbioru dokumentu gwarancji zapłaty. W tym kontekście całkowicie chybiony pozostaje zatem zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. w związku z art. 6 k.c. w związku z art. 3 k.p.c. i art. art. 232 zd. pierwsze k.p.c., który apelujący także uzasadniał wadliwą oceną dowodów i błędnym ustaleniem, że powód skutecznie odstąpił od umowy o roboty budowlane z powodu braku uzyskania dokumentu gwarancji zapłaty.

Do odmiennych wniosków nie prowadzą dowody zaoferowane przez stronę pozwaną po raz pierwszy na etapie postępowania apelacyjnego. Dowody te jako spóźnione podlegały bowiem pominięciu na podstawie art. 381 k.p.c. Zgodnie z powołanym przepisem, sąd może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później. Strona domagająca się przeprowadzenia nowych dowodów w postępowaniu odwoławczym powinna wykazać, że określone dowody nie mogły być przez nią zgłoszone poprzednio, tj. w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji. Strona, która dopuszcza się zaniedbań co do przysługującej jej inicjatywy w zakresie przytoczeń faktycznych w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, musi się liczyć z tym, że sąd drugiej instancji zgłoszonego przez nią nowego faktu nie uwzględni (tak SN w wyroku z dnia 17 kwietnia 2002 r. w sprawie IV CKN 980/00, LEX nr 53922). Warto zwrócić uwagę, że w rozpatrywanej sprawie regulacja przepisu art. 381 k.p.c. wymaga dodatkowo uzupełnienia o treść art. 493 § 1 k.p.c., bowiem postępowanie przed Sądem Okręgowym toczyło się z uwzględnieniem przepisów o postępowaniu nakazowym. Tymczasem w zarzutach od nakazu zapłaty pozwana Gmina nie przedstawiła nawet twierdzeń dotyczących wywiązania się przez nią w terminie z obowiązku przedstawienia gwarancji zapłaty i tym samym bezskuteczności - w jej ocenie – oświadczenia powoda o odstąpieniu od umowy, w istocie całkowicie przemilczając kwestię zdarzeń, do jakich doszło przed dniem 3 września 2015 r. i przyczyn, dla których K. Ł. z dniem 25 sierpnia 2015 r. wstrzymał wszelkie roboty budowlane. Takie zachowanie strony nie tylko dalekie jest od obowiązków wynikających z art. 3 k.p.c., ale powoduje także ujemne konsekwencje dla pozwanego w zakresie możliwości powoływania nowych twierdzeń i dowodów, wynikające z art. 493 § 1 k.p.c.

W realiach sporu całkowicie nieprzekonujące jest wyjaśnienie strony pozwanej, jakoby nowe dowody „nie były i nie mogły być znane pozwanemu” i zostały ujawnione „...po wykonaniu wielu czynności i zabiegów informatycznych”. Trzeba zwrócić uwagę, że wyjaśnienia informatyczne na karcie 325 akt opatrzone są datą 17 lutego 2017 r. i odnoszą się do uprzednio przeprowadzonych i już zakończonych czynności technicznych. Z uwagi na datę ogłoszenia zaskarżonego wyroku (16 lutego 2017 r.) należy założyć, że czynności te zostały z pewnością zainicjowane przed tą datą, a zatem przed wydaniem wyroku przez Sąd pierwszej instancji strona pozwana miała informacje o tym, że dysponuje określonymi danymi technicznymi, które może przeanalizować poszukiwaniu dowodu. Z pewnością znany był jej fakt posiadania dzienników zdarzeń serwera pocztowego i kopii wiadomości e-mail przechodzących przez ten serwer, a zatem tych powołanych w wyjaśnieniach baz danych, w których przechowywane były rzekome potwierdzenia odbioru spornych wiadomości e-mail. Pozwana nigdy nie sygnalizowała jednak Sądowi Okręgowemu żadnych działań zmierzających do uzyskania tego rodzaju informacji.

Bez potrzeby odwoływania się do wiadomości specjalnych można dodatkowo przypomnieć, że potwierdzenie odbioru wiadomości, przy odpowiednim ustawieniu programu pocztowego, jest dostępne dla nadawcy e-maila bezpośrednio po odbiorze takiej wiadomości. Wydaje się, że to właśnie brak tego rodzaju potwierdzenia odbioru stał się bezpośrednią przyczyną podjęcia próby doręczenia pisma powodowi za pośrednictwem pracownika strony pozwanej w dniu 21 sierpnia 2015 r. i następnie w dniu 24 sierpnia 2015 r. Ponadto, doręczenie e-maila na adres (...) i jego odczytanie przez E. P. w dniu 23 sierpnia 2015 r. ( w niedzielę), jak wynika zeznań świadka, nie było możliwe, gdyż przebywała ona do dnia 24 sierpnia 2015 roku na urlopie poza granicami kraju, a wiarygodności tego dowodu strona pozwana w żaden sposób nie podważyła.

Zamierzonych skutków procesowych nie wywołuje także zarzut naruszenia prawa materialnego tj. art. 649<sup>1</sup> § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że spełnienie przez inwestora obowiązku wynikającego z tego przepisu następuje w dacie skutecznego doręczenia dokumentu gwarancyjnego do wykonawcy. Skarżący pomija,

że powołany przepis w ogóle nie reguluje warunków, jakim powinna odpowiadać czynność bankowa w postaci udzielenia gwarancji bankowej. Jej definicję i warunki udzielenia określa przepis art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1988). Z analizy postanowień tego przepisu wynika, że na udzielenie gwarancji bankowej składają się dwa stosunki prawne. Według ustawowego określenia bank udziela gwarancji na zlecenie określonego podmiotu. Pomiędzy bankiem a tym podmiotem dochodzi więc do zawarcia umowy zlecenia, w której bank zobowiązuje się do zawarcia umowy gwarancji. Istotą tej umowy jest jednostronne zobowiązanie banku (gwaranta), że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami załączonymi przez beneficjenta do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten (gwarant) wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. W konsekwencji stosunek gwarancji powstaje na podstawie umowy między gwarantem a beneficjentem gwarancji (wierzycielem) o charakterze jednostronnie zobowiązującym i na jej podstawie powstaje odrębny stosunek prawny, nieakcesoryjny wobec stosunku podstawowego (tak m.in. Z. O. – Prawo bankowe. Komentarz, LEX 2013, teza 1 do art. 81; SN w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 marca 2013 r. w sprawie I CSK 630/12, LEX nr 1341650). Z art. 81 ust. 2 ustawy Prawo bankowe wprost wynika przy tym, że udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie. Tym samym dopiero wydanie dokumentu gwarancji beneficjentowi i jego przyjęcie, a zatem moment, w którym dotarło do beneficjenta oświadczenie woli gwaranta w wymaganej przez prawo formie pisemnej i oświadczenie to zostało zaakceptowane, jest chwilą zawarcia umowy gwarancji i tym samym stanowi czynność, o jakiej mowa w art. art. 649<sup>1</sup> § 1 k.c. W tym stanie rzeczy, całkowicie chybione pozostają wywody apelacji wskazujące, że do udzielenia gwarancji dochodzi w chwili, w której bank zawarze umowę zlecenia wystawienia gwarancji z inwestorem, a następnie wystawi dokument gwarancji. Konstytutywnym elementem każdej umowy, w tym także stosunku obligacyjnego gwarancji bankowej jest wszak dotarcie oferty zawierającej oświadczenie woli gwaranta do adresata i przyjęcie tej oferty. W realiach sporu strona pozwana nie dostarczyła wymaganego dokumentu gwarancji bankowej w terminie umożliwiającym powodowi zapoznanie się z gwarancją i ocenę, czy spełnia ona oczekiwane przez niego warunki. Nie sposób zatem uznać, że strona pozwana w terminie uczyniła zadość obowiązkom z art. 649<sup>1</sup> § 1 k.c.

Skutki prawne nieuzyskania przez wykonawcę gwarancji zapłaty w terminie wskazanym w żądaniu skierowanym do inwestora określa art. 649<sup>4</sup> k.c. Zgodnie z przepisem art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c. jeżeli wykonawca nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 45 dni, uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia. Jak wynika z dotychczas przedstawionych wywodów, w okolicznościach sporu strona pozwana nie uczyniła zadość obowiązkowi przedstawienia gwarancji zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane i to z dwóch niezależnych przyczyn. Po pierwsze, nie wydała powodowi dokumentu gwarancji do dnia 24 sierpnia 2015 roku, a dokument ten został doręczony K. Ł. dopiero w dniu 27 sierpnia 2015 r. Po wtóre, udzielona gwarancja nie spełniała oczekiwanych przez powoda warunków zapłaty za roboty budowlane. W tym stanie rzeczy, niezasadny pozostaje kolejny zarzut apelacji dotyczący naruszenia art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c. Wbrew wywodom skarżącego, powód był uprawniony do odstąpienia od umowy z dnia 4 marca 2015 r., albowiem brak żądanej gwarancji zapłaty stanowi przeszkodę w realizacji robót budowlanych z przyczyn dotyczących inwestora. Skoro powód skutecznie odstąpił od umowy stron w dniu 25 sierpnia 2015 roku, za bezprzedmiotowe należało uznać oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożone przez pozwaną Gminę w piśmie z dnia 3 września 2015 roku. W tej dacie strony nie były już związane umową o roboty budowlane nr 26/WIR- (...). W sposób oczywisty nie zostały także spełnione przesłanki z §13 ust. 1 pkt 4 kontraktu z dnia 4 marca 2015 r., bowiem brak aktywności wykonawcy wynikał z wcześniejszego odstąpienia od umowy. W konsekwencji strona pozwana nie była także uprawniona do naliczenia kary umownej na podstawie § 11 ust. 1 pkt 7 umowy, a zatem nie powstała wierzytelność wzajemna z tego tytułu, którą apelująca przedstawiła do potrącenia z wierzytelnością powoda dochodzoną pozwem.

W tej sytuacji jedynie marginalne znaczenie ma zarzut naruszenia prawa materialnego tj. art. 498 § 1 k.c. w związku z § 11 ust. 1 pkt 7 umowy nr (...) poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że wierzytelność pozwanego o zapłatę kary umownej nałożonej na powoda nie była wymagalna w chwili złożenia oświadczenia z dnia 17 września 2015 r. i nie nadawała się do potrącenia. Uzupełniająco zatem wypada zasygnalizować, że kwestionowane przez

stronę pozwaną stanowisko Sądu pierwszej instancji zasługuje na pełną aprobatę. Przy hipotetycznym założeniu, że po stronie pozwanej powstała wierzytelność z tytułu kary umownej zastrzeżonej w § 11 ust. 1 pkt 7 umowy nr (...), stała się ona wymagalna z chwilą skutecznego wezwania dłużnika do jej spełnienia. Wymagalność wierzytelności oznacza, że wierzyciel ma możliwość żądania od dłużnika, aby ten spełnił swoje świadczenie. Zgodnie z art. 455 k.c. następuje wraz z nadejściem terminu spełnienia świadczenia. Termin ten zaś może być określony w ustawie, czynności prawnej lub wynikać z natury zobowiązania. W orzecznictwie przyjmuje się, że zastrzeżenie kary umownej nie rodzi zobowiązania, z którego właściwości wynikałby określony termin spełnienia świadczenia, nie ma bowiem wystarczających podstaw do twierdzenia, iż świadczenie kary umownej powinno nastąpić niezwłocznie po naruszeniu powinności kontraktowych. Przeciwnie, wskazuje się, że jeżeli w umowie strony nie oznaczyły terminu spełnienia świadczenia z tytułu kar umownych, zobowiązanie takie ma charakter bezterminowy, a zatem zgodnie z art. 455 k.c., dłużnik powinien spełnić świadczenie niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela do wykonania zobowiązania (tak SN w wyroku z dnia 30 czerwca 2011 r. w sprawie III CSK 282/10, LEX nr 898707; podobnie w uchwale z dnia 5 listopada 2014 r. w sprawie III CZP 76/14, OSNC 2015/7-8/86). W realiach sporu strona pozwana nie wzywała powoda do spełnienia świadczenia z tytułu naliczonej kary umownej, a zatem w chwili złożenia oświadczenia o potrąceniu z dnia 17 września 2015 r. hipotetyczna wierzytelność z tego tytułu nie byłaby wymagalna. Apelujący w swych wywodach myli warunki, których spełnienie w świetle § 11 ust. 1 pkt 7 umowy warunkuje powstanie wierzytelności z tytułu kary umownej, z przesłankami wymagalności owej wierzytelności.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację jako bezzasadną.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. i oraz § 2 pkt 6 i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. 2015, poz. 1800).