

*Sygn. akt VII AGa 1345/18*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 23 maja 2018 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:*

*Przewodniczący: SSA Ewa Zalewska (spr.)*

*Sędziowie: SA Marek Kolasiński*

*SO del. Marian Kociolek*

*Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Mikiciuk*

*po rozpoznaniu w dniu 23 maja 2018 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa Instytutu (...) w W.*

*przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w Ł.*

*z udziałem interwenienta ubocznego po stronie pozwanej Syndyka masy upadłości (...) Spółki Akcyjnej w upadłości likwidacyjnej w B.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji pozwanego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 5 września 2017 r., sygn. akt XX GC 550/15*

*I. oddala apelację;*

*II. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej w Ł. na rzecz Instytutu (...) w W. kwotę 8 100 zł (osiem tysięcy sto złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.*

*Sygn. akt VII AGa 1345/18*

## UZASADNIENIE

Pozwem wniesionym w dniu 26 czerwca 2015 r. powód – Instytut (...) w W. wniósł o zasądzenie od pozwanego – (...) spółki akcyjnej w Ł. kwoty 658.800 złotych wraz z odsetkami w wysokości ustawowej liczonymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztów procesu wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu wskazano, iż roszczenie swe powód opiera na umowie gwarancji z 7 października 2010 r., w ramach której pozwany zagwarantował nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę powodowi, jako beneficjentowi, kwoty 658.800 zł z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy łączącej powoda z (...) spółką akcyjną w B..

W odpowiedzi na pozew – (...) spółka akcyjna w Ł. wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych. Dodatkowo wniosła o zawiadomienie syndyka masy upadłości (...) spółki akcyjnej w B. o toczącym się procesie i wezwanie go do udziału w postępowaniu w charakterze

interwenienta ubocznego. W uzasadnieniu powyższego stanowiska procesowego wskazano, że pozwany nie uznaje roszczeń powoda zawartych w pozwie. Przyznano, iż pozwany zawarł z (...) umowę gwarancji ubezpieczeniowej i 7 października 2010 r. wystawił gwarancję nr (...), jednak gwarancja ta zabezpiecza inną umowę aniżeli tą, na którą powołuje się powód w pozwie. Dodatkowo pozwany zgłosił następujące zarzuty odnoszące się do zgłoszenia roszczeń z gwarancji: zarzut braków formalnych żądania zapłaty z gwarancji, zarzut dokonania zgłoszenia po terminie ważności gwarancji, brak powiadomienia o aneksie nr (...) z 24 września 2012 r. oraz stosownej zmiany gwarancji, a ponadto nadużycie praw podmiotowych poprzez realizację roszczeń z gwarancji.

W ramach repliki na odpowiedź na pozew – powód wskazał, że w zakresie numeru umowy wskazanej w pozwie i daty jej zawarcia nastąpiła omyłka słowna. Powód doprecyzował, że przedmiotowa gwarancja pozwanego dotyczy umowy (...)(...) z dnia 11 października 2010 r., której przedmiotem było zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych adaptacji budynku (...) w zakresie demontażu i utylizacji komponentów azbestu oraz zabezpieczenia powierzchni pod potrzeby jednostek organizacyjnych z przeznaczeniem na specjalistyczne poradnie lekarskie oraz pracownie diagnostyczne w Instytucie (...). Dodatkowo, ustosunkowując się do zarzutu pozwanego odnośnie braków formalnych żądania zapłaty z gwarancji, wskazał, że wezwanie spełniało wszelkie wymogi formalne wynikające z dokumentu gwarancji, w tym wynikające z pkt 7 gwarancji. Powód podkreślił ponadto, iż nawet gdyby powód nie spełnił wszystkich warunków formalnych wezwania, to działanie pozwanego – polegające na zaniechaniu poinformowania powoda o „uchybieniach” w terminie umożliwiającym ich konwalidację i udzieleni odpowiedzi po ponad sześciu miesiącach od otrzymania wezwania – należałoby uznać za nadużycie prawa podmiotowego. W dalszej części pisma powód wskazał na niezasadność zarzutu zgłoszenia wezwania do zapłaty po terminie ważności gwarancji oraz jednocześnie braku zmiany gwarancji w związku z aneksowaniem umowy, podnosząc, że w dniu 11 lipca 2013 r. (...) przekazał powodowi aneksy do gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) (...) oraz nr (...) (...) wystawionej przez pozwanego. Zgodnie z treścią aneksu nr (...) z 26 czerwca 2013 r. gwarancja jest ważna w okresie od 11 października 2010 r. do 29 grudnia 2013 r. Biorąc zaś pod uwagę, że wezwanie zostało wysłane przez powoda 19 grudnia 2013 r. – zostało zgłoszone w terminie. Na zakończenie powód wyjaśnił, że dokonane przez niego odstąpienie od umowy było ze wszech miar uzasadnione i prawnie skuteczne.

W dniu 24 maja 2016 r. Syndyk masy upadłości (...) spółki akcyjnej w upadłości likwidacyjnej w B. przystąpił do strony pozwanej z interwencją uboczną, wnosząc oddalenie powództwa całości (k. 422-423). Interwenient uboczny wnioskował o zwolnienie od kosztów sądowych, (k. 444 i n.). Wniosek ten został uwzględniony (k. 525).

Na dalszym etapie postępowania strony pozostały przy swoich dotychczasowych stanowiskach.

Wyrokiem z dnia 5 września 2017 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w punkcie pierwszym sentencji zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 658.800 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 26 czerwca 2015 r. do dnia zapłaty; w punkcie drugim sentencji zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 7.200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego; zaś w punkcie trzecim sentencji nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Kasy Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 32.940 zł tytułem zwrotu opłaty od pozwu, od której uiszczenia powód został zwolniony.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych.

W dniu 7 października 2010 r. została wystawiona Gwarancja ubezpieczeniowa należytego wykonania kontraktu nr (...), w której beneficjentem był Instytut (...) w W. (dalej: (...)), zobowiązanym – (...) spółka akcyjna w B. (dalej: (...)), zaś gwarantem – (...) spółka akcyjna w Ł. (dalej: (...)). W ramach tego dokumentu – gwarant, w związku z umową nr (...)(...) października 2010 r. zawartą pomiędzy beneficjentem a zobowiązanym, zagwarantował nieodwołalnie i bezwarunkowo (na zasadach określonych w gwarancji) – zapłatę kwoty 658.800 złotych. W pkt 2 gwarancji określono, że gwarancja zabezpiecza roszczenia beneficjenta z tytułu wymagalnych kar umownych wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania przez zobowiązanego kontraktu określonego w gwarancji. Przedmiotowa gwarancja, zgodnie z pkt 3 była ważna w okresie od 11 października 2010 r. do 30 lipca 2013 r. W pkt 4 przewidziano okoliczności, w których gwarant jest zwolniony z realizacji gwarancji. W pkt 7 gwarancji wskazano, że do wezwania należy dołączyć:

- a) pisemne oświadczenie, że zobowiązany nie wykonał lub nienależycie wykonał kontrakt objęty gwarancją i nie uiszczył wymagalnych kar umownych oraz że żądana kwota jest należna z tytułu niniejszej gwarancji;
- b) potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię wezwania do zapłaty kar umownych należnych z tytułu wskazanego w pkt a) wraz z potwierdzeniem wysłania;
- c) dokumenty poświadczające umocowanie osób podpisanych pod wezwaniem do zapłaty (np. aktualny wypis z KRS).

W pkt 8 gwarancji wskazano, że suma gwarancyjna stanowi górną granicę odpowiedzialności gwaranta. Dokument podpisał S. W..

Okres ważności gwarancji ubezpieczeniowej został przedłużony do 29 grudnia 2013 r. – przy czym pozostałe warunki gwarancji nie uległy zmianie. Dokument również podpisał S. W..

W dniu 11 października 2010 r. w W. Instytut (...) w W. zawarł z (...) spółką akcyjną w B. umowę nr (...)(...) o zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych adaptacji budynku (...) w zakresie demontażu i utylizacji komponentów azbestu oraz zabezpieczenia powierzchni pod potrzeby jednostek organizacyjnych z przeznaczeniem na specjalistyczne poradnie lekarskie oraz pracownie diagnostyczne w (...), w tym wykonanie: projektu budowlanego wszystkich branż, który będzie podstawą uzyskania pozwolenia na budowę, projektów wykonawczych wszystkich branż, przedmiarów robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, a ponadto robót budowlanych, w tym demontaż i utylizacja komponentów azbestu oraz odtworzenie właściwości funkcjonalnych budynku. W § 2-4 strony zawarły ogólne warunki wykonania umowy oraz swoje prawa i obowiązki. Natomiast w § 5 umowy przewidziano, że realizacja umowy nastąpi w terminie do 30 czerwca 2013 r. Wynagrodzenie ryczałtowe zostało ustalone za projekt, natomiast za wykonane roboty budowlane zapłata miała następować na podstawie kosztorysów powykonawczych, sporządzonych po każdym etapie wykonanych prac, według stawek kosztorysowych zgodnych z aktualnym cennikiem S. dla okresu, w którym będą wykonywane. Przy czym ustalono, że w przypadku projektu wynagrodzenie nie może przekroczyć kwoty 600.000 zł netto, zaś za roboty budowlane – 8.400.000 zł netto. Wynagrodzenie miało zostać powiększone o aktualną stawkę podatku VAT (§ 6 umowy). W § 11 strony przewidziały, że niezależnie od zabezpieczenia należytego wykonania umowy, strony ustaliły kary umowne, okoliczności i sposób ich naliczania. Dodatkowo w § 13 określone zostały przypadki umożliwiające odstąpienie od umowy. W programie funkcjonalno-użytkowym zostały określone szczegóły dotyczące wykonania przedmiotowej umowy.

W dniu 24 września 2012 r. został zawarty aneks nr (...) do powyższej umowy, co spowodowane było niedysponowaniem w 2012 r. wstępnie przewidywanymi środkami finansowymi, na podstawie którego strony uzgodniły, że (...) będzie w dalszym ciągu realizował prace wynikające z zawartej umowy – w celu zabezpieczenia dotychczas realizowanych prac oraz zachowania ich ciągłości. Strony ustaliły także, że ulega zmianie termin realizacji umowy, który przedłuża się do 29 listopada 2013 r.

Pismem z 28 listopada 2013 r. (...) złożył wobec (...) oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr (...)(...) na podstawie art. 635 k.c. w związku z art. 656 § 1 k.c. W korespondencji wskazano, iż odstąpienie jest zasadne, albowiem wykonawca opóźnia się z wykonaniem przedmiotu umowy tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, to jest do 29 listopada 2013 r., przy czym opóźnienie to nie wynika z okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (...). W dalszej części wymienione zostały zakresy robót, których (...) nie wykonał w terminie.

Na dzień 5 grudnia 2013 r. została zaplanowana inwentaryzacja robót wykonanych przez (...), o czym wykonawca został powiadomiony pismem z 4 grudnia 2013 r. (k. 234 i verte). W spotkaniu dotyczącym inwentaryzacji brało udział czterech przedstawicieli (...) oraz sześciu ze strony (...), strony uzgodniły wstępny harmonogram prac inwentaryzacyjnych. Odnośnie inwentaryzacji strony prowadziły obszerną korespondencję mailową oraz pisemną.

W dniu 29 listopada 2013 r. została wystawiona nota księgowa nr (...), w ramach której (...) obciążył (...) kwotą 1.897.777,60 zł tytułem naliczenia kary umownej w wysokości 20% wartości wynagrodzenia umownego za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy, zgodnie z § 11 ust. 1 pkt 3 umowy nr (...)(...) z 11 października 2010 r.

W nocie wskazano numer konta, na jaki ma nastąpić płatność w terminie 7 dni. Przedmiotowa nota księgowa została przesłana do (...) wraz z pismem z 3 grudnia 2013 r. W dniu 5 grudnia 2013 r. (...) odpowiedział na oświadczenie (...) o odstąpieniu od umowy, w którym stwierdził, że opóźnienia w wykonaniu prac wynikają z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi (...). Pismem z 18 grudnia 2013 r. (...) odesłał do (...) noty księgowe, w tym notę nr 15 – bez księgowania jako wystawioną bezpodstawnie.

Pismem z dnia 19 grudnia 2013 r., doręczonym (...) w dniu 23 grudnia 2013 r., (...) reprezentowany przez Dyrektora (...) T. M. – wystąpił z żądaniem zapłaty kwoty udzielonej gwarancji. Wezwanie zostało skierowane w okresie gwarancji. Do wezwania załączono: pisemne oświadczenie, że zobowiązany (...) nie wykonał części kontraktu objętego gwarancją i nie uiścił wymagalnych kar umownych oraz że żądana kwota jest należna z tytułu przedmiotowej gwarancji. Przekazano także potwierdzone za zgodność z oryginałem kopię oświadczenia o odstąpieniu od umowy, wezwania zawartego w treści noty księgowej do zapłaty kar umownych wraz z potwierdzeniem jej doręczenia w dniu 5 grudnia 2013 r. Przekazano też aktualny odpis z KRS (...), z którego wynika, że dyrektor T. M. jest uprawniony do jednoosobowej reprezentacji Instytutu.

W dniu 27 grudnia 2013 r. (...) zwrócił się do (...) z prośbą o nierealizowanie żądania (...) z uwagi na brak podstaw do naliczenia kar umownych.

Decyzją z marca 2014 r. (brak daty dziennej) (...) odmówiła (...) przyznania odszkodowania w sprawie. Wskazała, że beneficjent załączając noty obciążeniowe do pisma określającego roszczenia nie określił wysokości długu, wobec czego złożonego dokumentu nie można traktować jako wezwania do zapłaty, stanowiącego warunek konieczny przyjęcia odpowiedzialności przez gwaranta. Dodatkowo wskazano, że w wyniku przeprowadzonego postępowania ustalono, iż od umowy objętej gwarancją odstąpił beneficjent. Według gwaranta odstąpienie od umowy powoduje wygaśnięcie stosunku zobowiązaniowego od samego początku, co oznacza taki skutek prawny jakby umowa nie była zawarta. Gwarancja wystawiona przez (...) dotyczy zapłaty należności za wykonawcę, związanych z realizacją stosunku umownego – wynikającego z umowy z 11 października 2010 r., zaś ten stosunek umowny, w następstwie złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy, przestał istnieć ze skutkiem od samego początku.

Pismem z dnia 4 marca 2014 r., skierowanym do (...) ponowił żądanie wypłaty kwoty 580.8000 zł z tytułu gwarancji należytego wykonania umowy. Należność z tytułu gwarancji nie została zapłacona.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie powołanych w uzasadnieniu dokumentów złożonych w sprawie, a znajdujących się w aktach sądowych oraz twierdzeń stron co do okoliczności niespornych. Autentyczność złożonych dokumentów nie była kwestionowana. Dokumenty te w większości stanowiły dokumenty prywatne w rozumieniu art. 245 k.p.c.. Z tego względu, stosowanie do treści art. 233 k.p.c., Sąd Okręgowy, dokonując ich oceny w ramach swobodnej oceny dowodów uznał je za wiarygodne i poczynił na ich podstawie ustalenia faktyczne.

Sąd Okręgowy dokonał następującej oceny materiału dowodowego w postaci zeznań przesłuchanych w sprawie świadków: G. T. (1), T. S. oraz A. G.. Sąd Okręgowy wyjaśnił, że dał w pewnej mierze wiarę zeznaniom świadków, którzy zostali zawnioskowani przez obie strony niniejszego sporu, a z zeznań tych wynika, że prace budowlane na obiekcie (...) nie postępowaly, przy czym w zależności od tego, czy świadek występował ze strony powodowej, czy pozwanej – inne były relacje dotyczące przebiegu realizacji umowy z 11 października 2010 r. oraz przyczyny odstąpienia od umowy. Świadek G. T. (1) zeznała, iż była w (...) wiceprezesem do spraw ekonomicznych. Świadek wskazała, że w 2013 r. doszło do odstąpienia od umowy z (...). Według świadka na budowie brakowało pieniędzy, a inwestycja – zgodnie z umową – była prowadzona pod środki finansowe inwestora. Strony uzgodniły, by dostosować tempo robót do posiadanych przez powoda środków finansowych. Świadek pamiętała, że w 2013 r. – w stosunku do harmonogramu – brakowało ponad milion złotych. Zabrakło pieniędzy na realizację tych robót, inwestor dobrze zdawał sobie z tego sprawę, wysyłane były dokumenty z informacją. Świadek zaznaczyła, że ma informację jedynie co do pionu finansowego. Zeznała także, że (...) nagminnie nie płacił faktur, prosząc o ich prolongowanie, terminu zapłaty nie dotrzymywał. Zdaniem świadka realnym powodem odstąpienia od umowy przez (...) było żądanie (...)u gwarancji zapłaty, gdyż budowa była realizowana, harmonogram na 2014 r. był uzgodniony i wszyscy byli świadomi, że budowa przesunie

się na 2014 r. Według świadka w 2013 r. prace były wykonywane w zakresie harmonogramu, nie było problemu z pracownikami, nie było zarzutów do obsady kadrowej. Indagowana przez pełnomocnika powoda na okoliczność obsady kadrowej, G. T. zeznała, że swoją wiedzę w tym zakresie czerpała z narad w (...), nigdy nie była na budowie. Nie miała wiedzy odnośnie wzywania wykonawcy do przyspieszenia realizacji robót, w ocenie świadka sytuacja (...)u była generalnie dobra, pogorszenie nastąpiło w marcu 2014 r., a upadłość ogłoszono 14 maja 2014 r. (k. 548-550).

Natomiast świadek T. S. zeznał, że jest pracownikiem (...) od 2011 r., obecnie jest koordynatorem inwestycji. Według świadka powód odstąpił od umowy, bo prace nie postępowały, co wynikało z tego, że (...) nie miał pracowników na budowie. Zeznał także, że były wezwania odnośnie przyspieszenia pracy, o kolejne rzeczowe harmonogramy, ale nie było reakcji. Świadek od momentu zatrudnienia był związany z tą inwestycją. T. S. wskazał, że do końca 2012 r. współpraca stron umowy przebiegała dobrze – toczyły się prace budowlane, ale od początku roku 2013 prace zaczęły się opóźniać, spadała liczba pracowników. Nie pamiętał, by pozwany tłumaczył swoje opóźnienia, front robót przekazywany był na bieżąco. Świadek zeznał, że kiedy współpraca układała się dobrze - na budowie było bardzo dużo ludzi, po odebraniu klatki schodowej B – liczba pracowników zaczęła maleć i na budowie był kierownik budowy i kontraktu. Były wpisywane uwagi w tym zakresie, były pisma do prezesów (...). Wykonawca deklarował, że sam wykonuje swoje prace, przy czym liczba osób nie była określona. Jedyną reakcją (...)u na pisma (...) była uwaga, że nie przekazuje on frontu robót. Według ostatniego aneksu (...) miał wykonać roboty do końca listopada 2013 r. Na dzień odstąpienia od umowy [29.12.2013] było wykonane około 30% na budynku (...) i nie było wizji ukończenia inwestycji do końca listopada 2013 r. Z pism i braku odzewu nie można było wnioskować poprawy sytuacji. Zdaniem świadka, gdyby ilość pracowników była większa, to była szansa na zrealizowanie inwestycji w terminie. Dodatkowo świadek zeznał, że doszło do aneksowania gwarancji z powodu warunków atmosferycznych (k. 545-547).

Świadek A. G. niewiele pamiętał ze szczegółów realizowanej inwestycji. Zeznał, iż był kierownikiem kontraktu. Dodał, że robili co mogli, ale były komplikacje. Wśród tych komplikacji była i taka, że kiedy była robiona izolacja przejścia podziemnego – to miała być konstrukcja żelbetowa, a pojawiły się elementy niezgodne z opisem, w tym cegły i dopiero żelbet. Świadek przyznał, że (...) korzystał z podwykonawców. Świadek wspominał o problemach z przekazywaniem frontu robót, ale nie pamiętał szczegółów. Dodał również, że realizacją prac zajmował się głównie kierownik budowy. Świadek był na budowie codziennie od 7-17, nie pamiętał, by ktoś mu zgłaszał, że nie można go zastać, po czym wskazał, że na budowie był prawie codziennie. Ponadto świadek potwierdził, że przekazywał (...) aneksy do gwarancji ubezpieczeniowej, w ramach których został przedłużony okres gwarancji k. 141-142).

Dokonując oceny zeznań świadków, Sąd Okręgowy uznał za najbardziej wiarygodne zeznania świadka T. S., który też miał wiedzę bezpośrednią z przebiegu inwestycji. Sąd I instancji wskazał, że mimo tego, iż świadek A. G. również był często na budowie, jego wiedza była bardzo niewielka, zasłaniał się najczęściej niepamięcią pewnych zdarzeń, a w pozostałych kwestiach wskazywał, że mu się wydaje. Natomiast co do świadka G. T. (1), to wiedza jej odnośnie przebiegu procesu była jedynie pośrednia, bowiem jak świadek zeznała nigdy nie była na budowie, a relacje zna z narad w (...).

Po dokonaniu powyższych ustaleń Sąd Okręgowy uznał, że powództwo (...) należało uznać za uzasadnione w całości, co skutkowało zasądzeniem dochodzonej pozewem kwoty w całości.

Sąd I instancji podkreślił, że pozwana w ramach udzielonej gwarancji zobowiązała się do zapłaty na rzecz powoda sumy gwarancyjnej nieodwołalnie i bezwarunkowo, co oznacza, że obowiązek zapłaty sumy gwarancyjnej nie był uzależniony od spełnienia innych warunków, w tym wynikających ze stosunku podstawowego – kontraktu, którego należyte wykonanie gwarancja zabezpieczała. W rezultacie umowa ta nosiła cechy zobowiązania abstrakcyjnego, wyłączając po stronie pozwanej możliwość podnoszenia przeciwko beneficjentowi (powodowi) zarzutów wynikających ze stosunku podstawowego. Odmowa wypłaty świadczenia, oparta na argumentacji uderzającej w zasadność i prawidłowość zakończenia stosunku obligacyjnego łączącego powoda z wykonawcą, pozostawała zatem bez jakiegokolwiek znaczenia. Stronie pozwanej – w momencie wystąpienia przez powoda z żądaniem zapłaty – nie przysługiwało uprawnienie do badania zasadności odstąpienia od umowy, czy kwestii wywiązania się przez kontrahenta powoda ze zobowiązania. Pozwana mogła jedynie dokonać formalnego zbadania wystosowanego przez beneficjenta żądania

zapłaty sumy gwarancji ubezpieczeniowej pod kątem spełnienia przesłanek określonych gwarancją do wypłaty żądanej kwoty.

Nawiązując do treści punktów 5-7 umowy gwarancyjnej Sąd Okręgowy wskazał, że realizacja gwarancji następowała na podstawie pisemnego wezwania do zapłaty, sporządzonego w okresie ważności gwarancji przez beneficjenta (lub osobę właściwie umocowaną do działania w jego imieniu), do którego, oprócz dokumentów poświadczających umocowanie osoby działającej w imieniu beneficjenta, należało załączyć pisemne oświadczenie, że zobowiązany nie wykonał lub nienależycie wykonał kontrakt objęty gwarancją oraz że żądana kwota jest należna z tytułu gwarancji, a zgodnie z punktem 5 gwarancji - gwarant winien wypłacić beneficjentowi należną kwotę w terminie 30 dni od daty otrzymania pierwszego wezwania wraz z załącznikami.

W ocenie Sądu Okręgowego powód uczynił zadość powinności warunkującej możliwość otrzymania świadczenia: wezwanie do zapłaty sumy gwarancyjnej zostało doręczone stronie pozwanej w dniu 19 grudnia 2013 r., a więc w okresie ważności gwarancji (która upływała 29 grudnia 2013 r.), zostało ono podpisane przez osobę umocowaną do działania w imieniu powoda, nadto do wezwania załączono pisemne oświadczenie o odstąpieniu od umowy, wezwanie zawarte w treści noty księgowej do zapłaty kar umownych wraz z potwierdzeniem jej doręczenia w dniu 5 grudnia 2013 r. (k. 287-288, 284 i 232). Przekazano też aktualny odpis z KRS (...), z którego wynika, że dyrektor T. M. jest uprawniony do jednoosobowej reprezentacji Instytutu. Były to warunki formalne określone w pkt 7 gwarancji. Pozwana do marca 2014 r. nie kwestionowała prawidłowości wykonania tych czynności. Dopiero w marcu 2014 r. (brak daty dziennej) wskazano, iż roszczenie nie może zostać zaspokojone, gdyż nie została wskazana kwota, jakiej żąda beneficjent. Jest to o tyle niezrozumiałe, zdaniem Sądu Okręgowego, że wskazana w nocie obciążeniowej wystawionej przez (...) kwota znacząco przewyższa kwotę gwarancji ubezpieczeniowej. Zatem logicznym jest, że beneficjent domaga się całej kwoty gwarancji. Doszukiwanie się w tym zakresie braków formalnych przez ubezpieczyciela można by oceniać, w ocenie Sądu Okręgowego, jako nadmiernie rygorystyczne i zmierzające do pozbawienia beneficjenta możliwości zaspokojenia roszczeń.

Również zarzut braku powiadomienia ubezpieczyciela o aneksie nr (...) z 24 września 2012 r. oraz stosownej zmiany gwarancji zdaniem Sądu i instancji był o tyle niezrozumiały, że w gwarancji ubezpieczeniowej nie ciążył na powodzie taki obowiązek, zaś (...) aneks do gwarancji ubezpieczeniowej otrzymał od pracownika (...). Stąd zastrzeżenia dotyczące konieczności powiadomienia winny zostać skierowane ewentualnie do tej firmy, a nie do powoda.

Sąd Okręgowy, biorąc pod uwagę treść gwarancji ubezpieczeniowej, zaznaczył, że w zasadzie mógł w ogóle nie zajmować się istnieniem szkody finansowej powoda, okolicznościami dotyczącymi podstaw do rozwiązania umowy powoda z winy spółki (...) i innymi aspektami realizacji umowy o roboty budowlane zawartej przez strony, jednakże takie ustalenia poczynił w oparciu o materiał zawnioskowany przez strony. Dokonując jego oceny, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że istniały podstawy do odstąpienia od umowy przez (...), a z tytułu niewykonania umowy należna mu była kara umowna. (...) opóźniał się z realizacją umowy tak dalece (w końcu listopada 2013 r. – zrealizowano 30% budynku (...)), że nie było możliwe, by zakończyć prace w terminie. Możliwość odstąpienia od umowy wynika z art. 635 k.c. stosowanego w związku z art. 656 k.c. do umów o roboty budowlane.

Sąd Okręgowy stwierdził, że wbrew stanowisku pozwanego, odstąpienie od umowy nie powoduje, że beneficjent traci swój status i nie ma możliwości ubiegania się o wypłatę gwarancji ubezpieczeniowej. W przeciwnym razie inwestorzy byłiby zmuszeni tkwić w realizacji inwestycji mimo braku reakcji wykonawcy. Niewątpliwie przyczyną odstąpienia od umowy było znaczące opóźnienie się (...)u z zakończeniem prac, a nie zostało wykazane, by te opóźnienia były spowodowane przez powoda. Fakt niepłacenia faktur, bądź prośby o prolongowanie ich płatności – nie wskazuje jeszcze, że (...) gotów był terminowo realizować prace. (...) miał zaprojektować i wykonać wszelkie prace dotyczące budynku (...), a po ponad 2 latach prac – zrealizował tylko 30%.

Zdaniem Sądu Okręgowego zarzut wygaśnięcia gwarancji ubezpieczeniowej wraz z odstąpieniem od umowy przez inwestora należałoby uznać za nadużycie prawa podmiotowego ubezpieczyciela, co w świetle kolejnego zarzutu dotyczącego nadużywania prawa podmiotowego przez powoda, który domaga się wypłaty gwarancji niniejszej sprawie

– jawi się jako niewłaściwe zachowanie podmiotu profesjonalnego – ubezpieczyciela. W ocenie Sądu I instancji, żądanie wypłaty świadczenia z gwarancji ubezpieczeniowej skierowane przez powoda, nie stanowi formy nadużycia prawa podmiotowego polegającego na niehonorowaniu przez powoda (beneficjenta gwarancji) celu gwarancji ubezpieczeniowej i zgłoszeniu żądania zapłaty przez gwaranta, które było wprawdzie formalnie dopuszczalne, ale nie znajdowało uzasadnienia w okolicznościach faktycznych, zarówno co do zasady, jak i co do wysokości, co narusza powszechnie przyjęte normy uczciwego postępowania.

Sąd Okręgowy powołał się na uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego - całej Izby Cywilnej z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94 (OSNC 1995, nr 10, poz. 135), gdzie wskazano, że instytucja gwarancji wykształciła się obok poręczenia w stosunkach obrotu gospodarczego, przede wszystkim międzynarodowego. W piśmiennictwie wyrażony był pogląd, że z punktu widzenia konstrukcji zobowiązaniowych należy ją zakwalifikować do grupy umów o świadczenie przez osobę trzecią, przewidzianych w art. 391 k.c. Udzielający gwarancji zobowiązuje się bowiem wobec beneficjenta gwarancji (wierzyciela w stosunku podstawowym) do wykonania świadczenia w przypadku niespełnienia go przez dłużnika (ze stosunku podstawowego). W doktrynie interpretacja art. 391 k.c. nie jest jednak jednoznaczna. Kwestionuje się pogląd, że przepis ten obejmuje odrębny, skonkretyzowany typ umowy nazwanej o charakterze gwarancyjnym. Przeważa zapatrywanie, że z uwagi na zamieszczenie tego przepisu w części postanowień księgi III Kodeksu cywilnego o charakterze ogólnym należy uznać, że chodzi w nim o pewien wariant konstrukcyjny w dziedzinie techniki zobowiązań. Pozwala to na stosowanie powyższego przepisu do różnych stosunków zobowiązaniowych oraz modyfikację mechanizmu działania umów nazwanych. Polega ona na sprzężeniu stosunku prawnego łączącego dwa podmioty związkami uzależnień od zachowania się trzeciego podmiotu, pozostającego poza zasadniczym stosunkiem prawnym i występuje między innymi w przypadku umowy gwarancyjnej, w której dłużnik ze stosunku gwarancyjnego przyjmuje odpowiedzialność za spełnienie świadczenia przez inną osobę wobec beneficjenta gwarancji.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że swoboda stron w kształtowaniu stosunków obligacyjnych nie ma charakteru absolutnego i zgodnie z treścią art. 353<sup>1</sup> k.c. doznaje trojakich ograniczeń. Odwołuje się bowiem do ustawy, właściwości (natury) stosunku prawnego, który ma wiązać strony oraz do zasad współżycia społecznego. Ograniczenie swobody umów przez ustawę dotyczy z jednej strony zakazów zaopatrzonych w sankcję karną, obowiązujących w różnych sferach porządku prawnego w państwie, a z drugiej strony – przepisów obowiązujących bezwzględnie, określanych w prawie cywilnym jako przepisy iuris cogentis, często opatrzonych rygorem nieważności. Ograniczenie to może wynikać również z charakteru celu, jaki przyświeca stronom, pod uwagę zatem musi być brana nie tylko sama treść umowy, ale także jej cel. Wynikające z art. 353<sup>1</sup> k.c. kolejne ograniczenie, polegające na konieczności respektowania natury danego stosunku prawnego, jest przez doktrynę interpretowane w dwojaki sposób. Interpretacja szersza prowadzi do uznawania za sprzeczne z naturą zobowiązania takiego zniekształcenia umowy typowej, znanej prawu zobowiązań, które wykracza poza ramy stosunku umownego, akceptowanego w sferze danego ustawodawstwa, gdy jednocześnie nie istnieje podstawa do rozumienia stosunku jako umowy o charakterze mieszanym, którą strony pragną zawrzeć. Interpretacja węższa oznacza sprzeczność przewidywanych warunków umowy z jakąkolwiek rozsądną wykładnią stosunku prawnego mieszczącego się w sferze dostępnych naszemu ustawodawstwu instytucji. Pojęcie trzeciego ograniczenia, odwołującego się do zasad współżycia społecznego, wskazuje na potrzebę oceny danego stosunku prawnego z punktu widzenia zasad dobrej wiary w znaczeniu obiektywnym lub zasad słuszności.

Sąd Okręgowy, powołując się na stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, podniósł, że jeżeli chodzi o gwarancję bankową, którą należy odnosić również do gwarancji ubezpieczeniowej, opatrzoną klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo”, to jej istotą jest zaostrenie odpowiedzialności gwaranta wobec beneficjenta gwarancji. Jednoznaczny sens tych klauzul w pełni uzasadnia wyrażone w ww. uchwale stanowisko, że bank [ubezpieczyciel] udzielający gwarancji opatrzonej takimi klauzulami nie może skutecznie powołać się w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona. Gwarancja jest wynikiem zgodnej woli strony, wyrażonej w umowie w ramach przewidzianej w art. 353<sup>1</sup> k.c. swobody umów. Powoduje to, że gwarancja taka ma co do pewnych jej elementów charakter umowy nienazwanej. Dotyczy to ustalonego w niej zakresu odpowiedzialności gwaranta wobec beneficjenta gwarancji, a w szczególności przesłanek aktualizujących

tę odpowiedzialność. Jeżeli chodzi o ewentualną sprzeczność tej umowy z ustawą, to nie mogą wchodzić w rachubę zakazy o charakterze ogólnym. Daleko posunięta minimalizacja przesłanek aktualizujących odpowiedzialność gwaranta nie oznacza, by odrywała się ona od celu gwarancji, jakim jest zabezpieczenie wiarygodności beneficjenta gwarancji. Z tego względu nie ma podstaw do przyjęcia, że prowadzi ona do zniekształcenia umowy gwarancji bankowej [ubezpieczeniowej] o charakterze typowym, kolidującego z naturą gwarancji. Nie można też uznać, że warunki umowy gwarancji „bezwarunkowej i na pierwsze żądanie” są sprzeczne z jakąkolwiek rozsądną interpretacją stosunku gwarancji w kształcie nadanym mu przez ustawodawcę. Trudno wreszcie przyjąć, że warunki te są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, należy bowiem mieć na uwadze, że umowę gwarancji zawierają profesjonaliści, potrafiący – z punktu widzenia własnych interesów – w sposób należyty i rozważny ocenić wszystkie jej postanowienia. Nie można w końcu pomijać faktu, że gwarant udziela gwarancji odpłatnie.

Sąd Okręgowy wskazał, że wynikająca z art. 353<sup>1</sup> k.c. swoboda kontraktowania obejmuje także możliwość kreowania czynności abstrakcyjnych, nie ma bowiem żadnych przeszkód, aby strony – stosownie do swej „woli abstrakcji” – konstruowały zobowiązania wyabstrahowane, odłączone od istniejącego stosunku prawnego, albo istniejące niezależnie od niego. Nie można też odmówić stronom prawa wyzbywania się w umowie określonych zarzutów. Strony, opatrując umowę gwarancji ubezpieczeniowej klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” dały wyraz swej woli kreowania czynności abstrakcyjnej. Pogląd ten jest zgodny z zapatrywaniem przyjmowanym w odniesieniu do tego typu gwarancji niemal powszechnie. Konsekwencją abstrakcyjnego charakteru zobowiązania gwaranta jest to, że nie może się on bronić przed żądaniem zapłaty sumy gwarancyjnej zarzutami wynikającymi ze stosunku podstawowego łączącego beneficjenta gwarancji ze zleceniodawcą gwarancji.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że w doktrynie przyznaje się gwarantowi prawo obrony za pomocą zarzutu nadużycia przez wierzyciela gwarancji celu zabezpieczenia, uznając, że przesłanki takiego nadużycia muszą być określone w odniesieniu do konkretnego przypadku. Skuteczność tej obrony przyjmowana jest jednak wyjątkowo, gdy nadużycie gwarancji okazuje się ewidentne, np. gdy gwarancja stała się narzędziem uzyskania nienależnych korzyści, albo gdy jej wykorzystanie jest wynikiem zмовы osób zainteresowanych. W zależności od konkretnych okoliczności sprawy, obrona taka mogłaby wchodzić w rachubę w przypadku braku stosunku podstawowego, którego zabezpieczenie stanowiło cel gwarancji. Także bowiem wtedy mogłoby mieć miejsce nadużycie prawa podmiotowego w rozumieniu art. 5 k.c. Z uwagi na fakt, że obciążający gwaranta obowiązek świadczenia powstaje już z chwilą powiadomienia go przez beneficjenta gwarancji o niewykonaniu umowy przez wykonawcę i naliczeniu kar umownych, obrona, o której wyżej mowa, mogłaby być z reguły podjęta dopiero po realizacji gwarancji.

Odnosząc powyższe rozważania do realiów przedmiotowej sprawy, brak było w ocenie Sądu Okręgowego możliwości przyjęcia na tym etapie rozliczenia umowy o roboty budowlane z dnia 9 listopada 2010 r., że (...) realizując uprawnienia z gwarancji ubezpieczeniowej nadużył swego prawa podmiotowego w sposób sprzeczny z zasadami słuszności. Sąd Okręgowy wskazał, że strona powodowa jest podmiotem świadczącym usługi medyczne w ramach NFZ i w trosce o finanse publiczne jedynie zrealizowała swoje uprawnienie, wcześniej swobodnie ukształtowane przez obie strony procesu, przy czym gwarancja została udzielona odpłatnie - przez podmiot czerpiący zyski z prowadzenia tego typu działalności zawodowej.

Biorąc pod uwagę powyższe Sąd Okręgowy orzekł jak w pkt I sentencji.

Wobec okoliczności, że powód wygrał proces w całości o kosztach procesu Sąd Okręgowy w punkcie II wyroku orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. i § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 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 (Dz.U. z 2013 r., poz. 490 t.j.) w pkt II wyroku.

W punkcie III wyroku Sąd Okręgowy nakazał pobrać od pozwanego kwotę 32.940 złotych tytułem opłaty od pozwu, od której uiszczenia powód został zwolniony (art. 113 ust. 1 ustawy z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych).

Apelację od powyższego wyroku wywiódł pozwany, zaskarżając go w całości.

Przedmiotowemu wyrokowi skarżący zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy, to jest:

a) art. 233 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. w zw. z art. 126 § 1 pkt 3 k.p.c. oraz art. 187 §1 k.p.c., a także w zw. z art. 207 § 6 k.p.c., poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i poczynienie przez Sąd pierwszej instancji ustaleń na podstawie dowodów niepowołanych przez powoda lub dowodów zgłoszonych przez powoda z uchybieniem zasad wywodzenia i udowodniania przytoczonych okoliczności;

Powyższy zarzut odnosi się do nieudowodnienia w pozwie okoliczności powstania roszczenia, które miało zostać zapłacone w związku z wystawieniem przez pozwanego gwarancji zapłaty oraz do zgłoszenia dowodów w terminie późniejszym, mimo nieuprawdopodobnienia przyczyn niezgłoszenia dowodów w pozwie;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego:

a) art. 5 k.c. w zw. z art. 354 § 1 k.c. oraz postanowieniami pkt 2, 5 - 7 gwarancji przez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie jakoby w sprawie nie doszło do nadużycia przez powoda prawa podmiotowego, w sytuacji:

- gdy powód domaga się zapłaty roszczenia z gwarancji, mimo iż gwarancja odnosi się wyłącznie do pierwotnej umowy o roboty budowlane i nie uwzględnia zmiany przedmiotowej umowy na podstawie aneksów,

- gdy powód nie określił żądanej kwoty w wezwaniu do zapłaty z gwarancji, mimo iż wymogi formalne gwarancji wyraźnie odnoszą się do określenia kwoty, jaka ma zostać zapłacona tytułem gwarancji,

- gdy powód nie załączył potwierdzonych za zgodność z oryginałem not księgowych, stanowiących element wezwania do zapłaty kar umownych. Skarżący zarzucił, że uwzględnienie przez Sąd żądania zapłaty zgłoszonego w przedmiotowych okolicznościach stanowi naruszenie reguł wykonywania zobowiązań określonych w art. 354 § 1 k.c. oraz postanowień pkt 2,5-7 gwarancji. Tym samym dochodzi do nadużycia przez powoda prawa podmiotowego;

b) art. 354 k.c. i art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i nieuwzględnienie treści gwarancji określonej w pkt 5 - 7, z których wynika wymóg wskazania w wezwaniu do zapłaty z gwarancji, żądanej kwoty, która jednocześnie ma być należna z gwarancji oraz załączenia wezwania do zapłaty kar umownych potwierdzonego za zgodność. Wezwaniem tym w okolicznościach niniejszej sprawy były noty księgowe.

Wskazując na powyższe, pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa oraz stosowne do wyniku sprawy rozstrzygnięcie o kosztach procesu w postępowaniu w pierwszej instancji oraz o zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów procesu w postępowaniu w drugiej instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Jednocześnie pozwany wniósł o rozpoznanie w trybie art. 380 k.p.c. postanowienia Sądu pierwszej instancji w sprawie uwzględnienia spóźnionego wniosku dowodowego powoda, złożonego za pismem z dnia 21 października 2015 r. oraz postanowienia w sprawie dopuszczenia dowodów z innych dokumentów, nie wnioskowanych przez powoda, wskazując, że przedmiotowe rozstrzygnięcia Sądu były bezpośrednią i istotną przyczyną wydania zaskarżonego wyroku, pozwany zgłosił zastrzeżenia do protokołu, a obecnie wnosi o oddalenie wniosku dowodowego i nie uwzględnianie pozostałych, nie zawnioskowanych przez powoda dowodów.

Powód w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie oraz o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.**

### **Apelacja podlega oddaleniu.**

Sąd Apelacyjny aprobuje ustalenia i rozważania poczynione przez Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku oraz przyjmuje je za własne, co oznacza, że nie zachodzi konieczność ich szczegółowego powtarzania (por. wyroki Sądu Najwyższego z 27.03.2012 r., III UK 75/11, z 14.05.2010 r., II CSK 545/09, z 27.04.2010 r., II PK 312/09, z 20.01.2010 r., II PK 178/09, z 08.10.1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999 r. Nr 3, poz. 60).

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów apelacji dotyczących naruszenia przez Sąd Okręgowy zasad postępowania. Trzeba bowiem mieć na względzie, że tylko niewadliwe ustalenia faktyczne mogą być podstawą prawidłowego zastosowania norm prawa materialnego.

Podkreślenia wymaga także w tym miejscu to, że sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przestawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiązać go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego, w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania. Oznacza to, że sąd drugiej instancji nie może z urzędu wziąć pod rozwagę uchybień przepisom prawa procesowego nieobjętych zarzutami apelacji. Obowiązkiem tego sądu jest natomiast rozpoznanie podniesionych w apelacji zarzutów odnoszących się do przepisów postępowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 07.04.2011 r., I UK 357/10, oraz uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego, mająca moc zasady prawnej z 31.01.2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008 r. Nr 6, poz. 55). Dlatego też od profesjonalnego pełnomocnika należy wymagać szczególnej uwagi, wnikliwości, ostrożności i dokładności przy identyfikowaniu naruszeń prawa procesowego i formułowaniu związanych z tym zarzutów i ich uzasadnienia.

Skarżący zarzucił jeśli chodzi o przepisy postępowania naruszenie przez Sąd I instancji art. 233 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. w zw. z art. 126 § 1 pkt 3 k.p.c. oraz art. 187 §1 k.p.c., a także w zw. z art. 207 § 6 k.p.c., poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i poczynienie przez Sąd pierwszej instancji ustaleń na podstawie dowodów niepowołanych przez powoda lub dowodów zgłoszonych przez powoda z uchybieniem zasad wywodzenia i udowadniania przytoczonych okoliczności.

Odnosząc się zatem do zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. należy stwierdzić, że nie mógł on odnieść skutku z następujących powodów.

Na wstępie rozważań w powyższym zakresie należy zaznaczyć, że skarżący nie wskazał naruszenie, którego paragrafu art. 233 k.p.c. zarzuca Sądowi I instancji, a nie jest rolą sądu odwoławczego doszukiwania się intencji skarżącego, tym bardziej, gdy jest reprezentowany przez zawodowego pełnomocnika.

Art. 233 § 1 k.p.c. stanowi, że sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Skuteczne podniesienie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że ta swobodna ocena dowodów została przekroczona, lecz w tym celu w pierwszej kolejności skarżący powinien wskazać, które konkretne dowody zostały błędnie ocenione przez sąd oraz wskazać konkretne uchybienia w zakresie oceny tych dowodów, jakich dopuścił się sąd pierwszej instancji, a które polegały na naruszeniu zasad logiki, doświadczenia życiowego czy zdrowego rozsądku. Nie jest natomiast wystarczające przedstawienie przez skarżącego własnej wersji wydarzeń, choćby była równie prawdopodobna jak ta przyjęta przez sąd, a tym bardziej nie może odnieść żadnego skutku proste zanegowanie ustalonych w sprawie faktów i wyciągniętych z nich wniosków.

W przedmiotowej sprawie skarżący w zwięzłym zarzucie apelacji dotyczącym naruszenia art. 233 k.p.c. w ogóle nie podał, które dowody i dlaczego w jego ocenie zostały ocenione przez Sąd Okręgowy z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów. Skarżący wskazał ogólnie, że „powyższy zarzut odnosi się do nieudowodnienia w pozwie okoliczności powstania roszczenia, które miało zostać zapłacone w związku z wystawieniem przez pozwanego gwarancji zapłaty oraz do uwzględnienia przez Sąd Okręgowy dowodów zgłoszonych w ocenie skarżącego w terminie późniejszym, mimo nieuprawdopodobnienia przyczyn niezgłoszenia tych dowodów w pozwie”. Już z tej przyczyny ww. zarzut nie mógł odnieść skutku.

Podkreślić należy, że ugruntowane jest w orzecznictwie stanowisko, iż jeśli z danego materiału dowodowego można by wysnuć także inną wersję zdarzeń to jest to za mało, aby apelacja mogła odnieść skutek. Trzeba w apelacji wykazać dlaczego rozumowanie Sądu jest błędne jeśli chodzi o ocenę konkretnych dowodów. Przepis art. 233 § 1 k.p.c. przyznaje sądowi swobodę w ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a zarzut naruszenia tego uprawnienia tylko wtedy może być uznany za usprawiedliwiony, jeżeli sąd zaprezentuje rozumowanie sprzeczne z regułami logiki bądź z doświadczeniem życiowym. Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza zatem samo stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył Sąd Okręgowy przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001 roku, IV CKN 970/00, Legalis), a tego rodzaju argumentów w apelacji pozwanego zabrakło. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej, aniżeli przyjął sąd, wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmienna ocena, niż ocena sądu. W granicach swobodnej oceny dowodów rzeczą dopuszczalną, a nawet konieczną przy dowodach wzajemnie sprzecznych, jest danie wiary określonym dowodom i odmówienie wiarygodności innym, w wyniku czego ustalenia faktyczne czynione są jedynie na podstawie dowodów uznanych za miarodajne i wiarygodne, z pominięciem pozostałych. Takie postępowanie nie uzasadnia skutecznego zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zakresie dokonanej oceny wiarygodności poszczególnych dowodów, gdy jednocześnie apelujący nie wykaże - tak jak to ma miejsce na gruncie niniejszej sprawy - że zastosowane przez Sąd Okręgowy kryteria oceny wiarygodności konkretnych dowodów były oczywiście błędne, bowiem według jednolitego stanowiska judykatury, możliwość zakwestionowania oceny dowodów w postępowaniu apelacyjnym jest ograniczona i sprowadza się do sytuacji, w których skarżący wykaże, że ocena ta była rażąco wadliwa lub oczywiście błędna (por. wyroki: Sądu Najwyższego z dnia 26.01.2006 r., II CK 372/05, OSP 2008, nr 9, poz. 96; z dnia 07.10.2005 r., IV CK 122/05, z dnia 27.07.2005 r., II CK 793/04, z dnia 06.07.2005 r., III CK 3/05, Sądów Apelacyjnych - w Poznaniu z dnia 10.09.2009 r., I ACa 550/09, z dnia 25.01.2006 r., I ACa 772/05, w Lublinie z dnia 25.04.2013 r., I ACa 67/13, z dnia 31.05.2011 r., I ACa 195/11, w Krakowie z dnia 05.09.2012 r., I ACa 737/12, oraz w Gdańsku z dnia 09.02.2012 r., V ACa 114/12). Natomiast same, nawet poważne, wątpliwości co do trafności oceny dokonanej przez sąd pierwszej instancji, których zresztą sam skarżący w ogóle nie formułuje, jeżeli tylko nie wykroczyła ona poza granice zakreślone w art. 233 § 1 k.p.c. nie powinny stwarzać podstawy do zajęcia przez sąd drugiej instancji odmiennego stanowiska. Wątpliwości w tej mierze, a także rozbieżności w orzecznictwie wyjaśnił Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 23.03.1999 r., III CZP 59/98 (OSNC 1999 r. z. 7-8, poz. 124), a następnie powtórzył w wyroku z dnia 12.04.2012 r., I UK 347/11. Reasumując, należy stwierdzić, że art. 233 § 1 k.p.c. daje wyraz obowiązywaniu zasady swobodnej oceny dowodów i może stanowić punkt zaczepienia w apelacji jedynie wtedy, gdy posługując się wyłącznie argumentami jurydycznymi skarżący wykaże, że doszło do rażącego naruszenia ustanowionych w tym przepisie zasad oceny wiarygodności i mocy dowodów, a nie wówczas gdy będzie dążył jedynie do przeforsowania ustalonego przez siebie stanu faktycznego, a w konsekwencji i oceny prawnej. Stąd ocena dowodów przedstawiona przez Sąd Okręgowy mieści się w granicach wskazanych w art. 233 k.p.c. i zasługuje na pełną akceptację, a przedstawiona przez skarżącego argumentacja stanowi wyłącznie polemikę z trafnymi wnioskami Sądu Okręgowego, której większość argumentów jest ogólnikowa, nie odnosząca się do konkretnych dowodów z dokumentów, do konkretnych postanowień umowy, czy konkretnych zeznań świadków, że nie można oprzeć się wrażeniu, iż pasowałyby one do każdej innej podobnej sprawy, związanej z tzw. opłatami półkowymi.

Podobnie jest z zarzutem naruszenia art. 232 k.p.c. Przepis ten stanowi w pierwszym zdaniu, że strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, a w drugim zdaniu wskazuje, że Sąd może dopuścić dowód niewskazany przez stronę. Skarżący po pierwsze ponownie nie podnosi tego, z którym zdaniem ww. przepisu, regulującym zupełnie odmiennie kwestie, wiąże naruszenie przez Sąd Okręgowy procedury cywilnej, którego to naruszenia konsekwencją było dokonanie przez Sąd Okręgowy sprzecznych ustaleń. Po drugie komentowany przepis, określający reguły rozkładu ciężaru dowodu, stanowiąc niejako procesowy „odpowiednik” przepisu art. 6 k.c., wyraża zasadę kontrydiktoryjności, zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na stronach

postępowania cywilnego i to strony, a nie sąd, pozostają dysponentem toczącego się postępowania i one ponoszą odpowiedzialność za jego wynik. Oznacza to, że to strona ma obowiązek wyraźnego powołania konkretnego środka dowodowego dla wykazania podnoszonych przez siebie twierdzeń, uzasadniających żądanie. Art. 232 zd. 1 k.p.c. wskazuje jedynie na obowiązek przedstawienia faktów i dowodów przez strony. Przepis ten nie stanowi podstawy wyrokowania sądu i z tego względu nie może mieć wpływu na poprawność wydanego przez sąd rozstrzygnięcia (wyr. SN z 15.2.2008 r., I CSK 426/07, Legalis). Adresatem komentowanej normy są strony, a nie sąd, co oznacza, że to strony obowiązane są przedstawiać dowody, a sąd nie jest władny tego obowiązku wymuszać. Nie może również co do zasady zastępować stron w jego wypełnieniu (wyr. SN z 7.11.2007 r., II CSK 293/07, Legalis). Trudno zatem zarzucić sądowi naruszenie tej normy prawnej. Natomiast przepis art. 232 zd. 2 k.p.c. stanowi wyjątek od zasady kontradiktoryjności i pozwala na dopuszczenie przez sąd dowodu z urzędu, jednakże apelacja nie zawiera jakichkolwiek argumentów, które pozwoliłyby uznać, że skarżący upatruje naruszenia tego przepisu przez Sąd Okręgowy poprzez skorzystanie bądź nieskorzystanie przez ten Sąd z jego dyskrecyjnej władzy i dopuszczenie lub niedopuszczenie jakiegoś dowodu z urzędu. Z tych wszystkich względów zarzut naruszenia art. 232 k.p.c. jest całkowicie chybiony.

Nie mógł także odnieść zarzut naruszenia pozostałych przepisów prawa procesowego i argumentacja skarżącego co do tego, że powód nie udowodnił w pozwie okoliczności powstania „roszczenia, które miało zostać zapłacone” w związku z wystawieniem przez pozwanego gwarancji zapłaty oraz do zgłoszenia dowodów w terminie późniejszym, mimo nieuprawdopodobnienia przyczyn niezgłoszenia dowodów w pozwie.

Wbrew twierdzeniom skarżącego, powód dołączył zgodnie z art. 126 § 1 pkt 3 k.p.c. oraz zgodnie z art. 232 k.p.c. przy pozwie dowody niezbędne na poparcie roszczenia opartego na gwarancji, w tym w szczególności do pozwu została dołączona kopia właściwej umowy, której dotyczyła gwarancja załączona do pozwu, będąca zasadniczym dowodem w sprawie tj. kopia umowy nr (...).(…) (k. 112 i nast.) oraz sporny dokument gwarancji, wezwanie do wypłaty gwarancji, kopie not księgowych i inne. Stąd omyłkowe wskazanie w pozwie jako na okoliczność faktyczną drugiej umowy łączącej powoda z P., przy wyjaśnieniu tej omyłki w następnym piśmie nie może powodować oddalenia powództwa jako nieudowodnionego tylko z tego względu.

Stąd też bez znaczenia dla rozpoznania sprawy było rozpoznanie wniosku z art. 380 k.p.c. dotyczącego uwzględnienia przez sąd Okręgowy rzekomo spóźnionego wniosku dowodowego powoda złożonego przy piśmie z dnia 2 października 2015 r. oraz wydanie postanowienia w sprawie dopuszczenia tego dowodu, gdyż dopuszczenie tego dowodu nie miało znaczenia dla rozpoznania sprawy gdyż umowa ta była już przy pozwie. Nie był to zatem dowód spóźniony, a jeśli nawet z uwagi na jego brak wyraźnego powołania w pozwie, to jego dopuszczenie w późniejszym terminie nie spowodowało zwłoki w rozpoznaniu sprawy. Podsumowując należy wskazać, że wszelkie istotne dowody w postaci dokumentów dotyczących zgłoszonego roszczenia, których obowiązek złożenia na tym etapie postępowania ciążył na powodzie, zostały przez powoda złożone wraz z pozwem i niezgodne z prawdą jest jakoby powód rzekomo nie udowodnił okoliczności powstania roszczenia objętego pozwem. Wszelkie dokumenty dotyczące sprawy m. in. właściwa umowa k. 112, gwarancja ubezpieczeniowa k.13, protokół inwentaryzacji robót wynikach z tej umowy k. 84, nota księgowa k. 286, wezwanie do zapłaty k. 287 i inne pisma kierowane do strony pozwanej (np. k. 284, 286, 292), decyzja pozwanego o odmowie wypłaty (k. 293) zostały złożone do akt sprawy wraz z pozwem. Znajduje to potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego, który wskazał, że stan faktyczny sprawy ustalił m. in. na podstawie ww. dokumentów, przy czym zaznaczyć należy, że pozwany nigdy nie kwestionował autentyczności złożonych w sprawie dokumentów.

W konsekwencji należało uznać, że skarżący nie podważył skutecznie ustaleń Sądu Okręgowego.

Niezasadny był zarzut naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 5 k.c. w zw. z art. 354 § 1 k.c. oraz postanowieniami pkt 2, 5 - 7 gwarancji przez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie jakoby w sprawie nie doszło do nadużycia przez powoda prawa podmiotowego, w sytuacji, gdy powód domaga się zapłaty roszczenia z gwarancji, mimo iż gwarancja odnosi się wyłącznie do pierwotnej umowy o roboty budowlane i nie uwzględnia zmiany przedmiotowej umowy na podstawie aneksów oraz w sytuacji, gdy powód nie określił żądanej kwoty w wezwaniu do

zapłaty z gwarancji, mimo, iż jak wskazuje skarżący, wymogi formalne gwarancji wyraźnie odnoszą się do określenia kwoty, jaka ma zostać zapłacona tytułem gwarancji.

W Kodeksie cywilnym instytucja nadużycia prawa podmiotowego uregulowana jest w art. 5 k.c. Z przepisu tego wynika, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współzycia społecznego i takie działanie nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Przepis ten ogranicza zatem prawa podmiotowe przez wprowadzenie zakazu ich wykonywania w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa i zasadami współzycia społecznego, przy czym nie budzi wątpliwości zasada, że art. 5 k.c. ma zastosowanie do oceny wszystkich praw podmiotowych i do wszystkich podmiotów, bo każdy uprawniony uczestnik obrotu tj. osoba fizyczna i prawna może się dopuścić nadużycia prawa podmiotowego. Jest też oczywiste, że do nadużycia prawa może dojść w stosunkach między osobami prowadzącymi działalność gospodarczą. W orzecznictwie Sądu Najwyższego można także spotkać rozstrzygnięcia, w których Sąd ten dopuszcza ochronę banku, który udzielił gwarancji bankowej, mającej charakter abstrakcyjnego zobowiązania, zarzutem nadużycia prawa przez beneficjenta (por. wyr. SN z 25.01.1995 r, sygn. akt III CRN 70/94 OSN 1995, nr 5 poz. 86, wyrok SN z 21.08.2014 r., sygn. akt IV CSK 683/13).

Wąskie ujęcie konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego wymaga jednak, aby w każdym przypadku stosowania art. 5 k.c. ustalić istnienie uprawnienia po stronie danego podmiotu, którego zachowanie jest oceniane, bowiem gdy brak jest uprawnienia, to problem nadużycia prawa podmiotowego nie wchodzi w ogóle w grę i w związku z tym stosowanie art. 5 k.c. w ogóle nie może być brane pod uwagę.

W przedmiotowej sprawie argumentacja skarżącego kwestionuje i uzasadnia nie tyle brak uwzględnienia przez Sąd Okręgowy nadużycia prawa podmiotowego przez powoda, co przysługiwanie tego prawa powodowi. Skarżący, podnosząc ten zarzut tak naprawdę kwestionuje prawidłowość ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego i opartą na nich w powiązaniu z przepisami prawa ostateczną konkluzję, że powodowi co do zasady służy prawo podmiotowe do domagania się od pozwanego wypłaty kwoty wynikającej z gwarancji, skoro uzasadnia ww. zarzut tym, że Sąd Okręgowy nie uwzględnił tego, że gwarancja odnosi się wyłącznie do pierwotnej umowy o roboty budowlane i nie uwzględnia zmiany przedmiotowej umowy na podstawie aneksów oraz tym, że powód nie spełnił wymogu formalnego gwarancji, gdyż nie określił w wezwaniu do zapłaty z gwarancji, żądanej kwoty, jaka ma zostać zapłacona tytułem gwarancji. Już z tego tylko względu ten zarzut nie mógł odnieść skutku. Gdy tak bowiem było, jak wywodzi pozwany w apelacji, to powodowi w ogóle nie przysługiwałoby prawo podmiotowe, którego nadużycia dopatruje się pozwany. Tym samym powyższa argumentacja pozwanego, gdyby była trafna, nie mogłaby skutecznie uzasadniać nadużycia prawa przez powoda. Prawa podmiotowe to prawa, których można dochodzić na drodze sądowej, które są podstawą dla roszczenia procesowego. Aby zatem zarzucić nadużycie prawa podmiotowego to prawo to musi danemu podmiotowi przysługiwać, natomiast mimo tego nie może on tego prawa dochodzić. Stąd zdaniem Sądu II instancji apelacja nie zawiera stosownej argumentacji na poparcie zarzutu naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 5 k.c. w zw. z art. 354 k.c.

Dodatkowo zaś Sąd Apelacyjny, odnosząc się do zarzutu nadużycia prawa przez powoda podkreśla, co następuje.

Nadużycie prawa podmiotowego zachodzi, gdy uprawniony działa sprzecznie z zasadami dobrej wiary lub używa prawa niezgodnie z celem, ze względu na który prawo mu to służy. Skarżący nie wykazał w apelacji, że zachowanie powoda tj. wytoczenie niniejszego powództwa i domaganie się od pozwanego wypłaty z gwarancji było niezgodne z zasadami współzycia społecznego czyli z ogólnie uznanymi normami moralnymi, zawierającymi reguły postępowania w stosunkach między ludźmi, czy akceptowane i godne ochrony reguły rzetelnego postępowania w stosunkach społecznych, reguły obyczajowe, ogólnie przyjęte zasady moralności publicznej, mimo że niewyrażone dosłownie w przepisach prawa, to jednak powszechnie akceptowane w społeczeństwie, takich jak dobro, zasada słuszności, sprawiedliwości społecznej, czy zasadą społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa, wartości kultury chrześcijańskiej, wartości wskazanych przez demokratycznie uchwaloną Konstytucję RP. W literaturze wskazuje się także, że gwarant może podnieść zarzut, że żądanie beneficjenta jest w sposób oczywisty bezdyskusyjnym wyraźnym nadużyciem prawa i że zarzut taki będzie mógł być przez gwaranta podniesiony w przypadku, gdy beneficjent żąda zapłaty m. in. gdy zachodzi konieczność wypłaty z gwarancji wyłącznie z przyczyn leżących po stronie beneficjenta,

niespełnienie świadczenia zabezpieczonego gwarancją było rezultatem niezawinionej możliwości świadczenia, np. z powodu siły wyższej (por. Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe, Izabela Heropolitańska, Barbra Andrzejuk, LEX a Wolter Kluwer business, Warszawa 2012, wydanie 3, str. 206). Skarżący nie wykazał, ani nawet nie twierdził, by z tego rodzaju sytuacją mielibyśmy do czynienia w niniejszej sprawie, nie podnosił także tego, że powód jako uprawniony tylko formalnie, pozornie wykonuje swe prawo.

Trzeba w tym miejscu wskazać, że sąd który uwzględnia tego typu zarzut musi go uzasadnić tj. skonkretyzować to, jakie reguły postępowania zostały naruszone, a apelacja skarżącego nie daje Sądowi II instancji argumentów w powyższej kwestii. Nie zawsze jest oczywiście możliwe wskazanie w orzeczeniu konkretnej normy moralnej, którą uprawniony swym postępowaniem naruszył i która w konsekwencji stanowi postawę odmowy ochrony prawnej. Z całą jednak pewnością należy odrzucić dopuszczalność rozstrzygnięć, których uzasadnienie ogranicza się do ogólnikowego stwierdzenia sprzeczności zachowania z zasadami współżycia społecznego. Minimalnym wymaganiem wydaje się wskazanie przez sąd, jakie zachowanie uprawnionego odpowiada w ocenie sądu tym zasadom. Sąd powinien przywołać reguły moralne brane pod uwagę w toku rozpoznawania sprawy. W przypadku bardzo częstego w praktyce konfliktu wartości, powinien ujawnić preferencje, czyli wyjaśnić, którym wartościom i ze względu na jakie okoliczności przyznał pierwszeństwo. Zdaniem Sądu Apelacyjnego skarżący nie wskazuje w apelacji na czym polega niestosowność zachowania powoda domagającego się realizacji prawa z gwarancji w powyższym rozumieniu, w szczególności na czym polega niezgodność tego zachowania z normami moralnymi, z zasadami współżycia społecznego lub celem gwarancji. Sąd Apelacyjny naruszenia tego rodzaju reguł przez Sąd Okręgowy nie dopatrzył się także z urzędu.

Poza trzeba zaznaczyć, że orzecznictwo i doktryna nakazuje powściągliwe i ostrożne stosowanie art. 5 k.c., gdyż istotą prawa cywilnego jest strzeżenie praw podmiotowych, a zatem wszelkie rozstrzygnięcia prowadzące do redukcji bądź unicestwienia tych praw wymagają z jednej strony ostrożności, a z drugiej bardzo wnikliwego rozważenia wszystkich aspektów rozpoznawanego przypadku oraz zasadę czystych rąk, co oznacza, że nie może powoływać się na naruszenie zasad współżycia społecznego ten, kto to ich sam nie przestrzega. Rozstrzygnięcie w takiej sprawie musi zatem stanowić efekt wyważenia oceny zachowania obu podmiotów.

Trzeba też wskazać, że istnieje domniemanie wykonywania praw podmiotowych zgodnie z zasadami współżycia społecznego i społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa, chyba że wykazane zostaną szczególne, konkretne okoliczności obalające to domniemanie. Jeżeli zatem strona, jak w niniejszej sprawie, wykorzystuje swoje prawo wynikające z umowy, to zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających tezę o nadużyciu spoczywa na stronie, która domaga się zastosowania przez sąd art. 5 k.c. Podkreśla się przy tym, że sama treść danej zasady współżycia społecznego nie podlega dowodzeniu, gdyż jest ona jako element normy prawnej, objęta działaniem reguły *iura novit curia* (sąd zna prawo). Na stronie zatem ciąży wykazanie faktów, z których można wnosić o naruszeniu przez przeciwnika reguł wskazanych w art. 5 k.c. i pozwany takich faktów nie wykazał.

Całkowicie trafne było stanowisko Sądu Okręgowego co do tego, że pozwany wiedział o aneksie do umowy i aneksie do gwarancji. Termin wydłużenia gwarancji stanowił bezpośrednio nawiązanie do terminu zgłoszenia żądania gwarancji. Trzeba też wskazać, że powód w wezwaniu do wypłaty gwarancji wskazał, że dotyczy gwarancji związanej z umową (...)(...) z dnia 11 października 2011r. zmienionej aneksem nr z dnia 2 września 2012 r. i pozwany dokonując pismem z marca 2014 r. odmowy wypłaty odszkodowania nie miał zastrzeżeń co do tego, że umowa była aneksowana. Więc ten zarzut jawi się jako podniesiony wyłącznie na potrzeby niniejszego sporu i jest całkowicie bezzasadny.

Odnosząc się do zarzutu, że wezwanie do wypłaty z gwarancji nie zawiera wysokości żądanej sumy trzeba wskazać, że po pierwsze zgłoszenie samego żądania zapłaty sumy gwarancyjnej zawiera już w sobie twierdzenie, że gwarantowany rezultat nie nastąpił i żądanie dotyczy po prostu sumy gwarancyjnej. Stąd nie wydaje się również bezwzględnie koniecznym określenie w żądaniu zapłaty sumy gwarancyjnej wysokości żądanej sumy. Żądanie zapłaty w takim przypadku odnosić się będzie do całej wyrażonej w dokumencie gwarancji sumy, w szczególności w sytuacji, gdy z dokumentów wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że kwota gwarancji jest mniejsza od wysokości kar umownych, jaki zapłaty domagał się beneficjent gwarancji od swojego kontrahenta (por. podobnie Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 16 czerwca 2016 r., sygn. akt II Ca 1688/15). Ponadto, jeśli pozwany miał co do tego wątpliwości, nic nie

stało na przeszkodzie, aby wezwać powoda do sprecyzowania wezwania tym zakresie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, wbrew wywodom strony pozwanej, wymogi formalne gwarancji wskazane w punktach 6 i 7 gwarancji (k.13) nie wskazują wyraźnie na obowiązek określenia kwoty, jaka ma zostać zapłacona tytułem gwarancji po rygorem skutku, o którym mowa w punkcie 9 gwarancji.

Odnosząc się do zarzutu, że powód nie spełnił wymogu formalnego z gwarancji, gdyż nie przesłał pozwanemu wezwania do zapłaty tj. not księgowych potwierdzonych za zgodność z oryginałem, należy stwierdzić, że nie został on udowodniony. Skarżący wywodzi, że Sąd Okręgowy nie odniósł się wprost do tego zarzutu, jednakże nie zauważa, że Sąd Okręgowy stwierdził w uzasadnieniu, że „Przekazano także potwierdzone za zgodność z oryginałem kopię oświadczenia o odstąpieniu od umowy, wezwania zawartego w treści noty księgowej do zapłaty kar umownych wraz z potwierdzeniem jej doręczenia w dniu 5 grudnia 2013 r. (k. 287-288, 284 i 232)”. Z powyższego wynika, że Sąd I instancji ustalił, że ww. wymóg został spełniony i pozwany nie zdołał w apelacji wykazać, że to ustalenie jest nieprawidłowe.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego strona pozwana nie wykazała by powód, przesyłając wezwanie do wypłaty gwarancji, nie załączył potwierdzonych za zgodność z oryginałem not księgowych, stanowiących element wezwania do zapłaty kar umownych. Stąd nie może zostać uznany za trafny zarzut uwzględnienia żądania zapłaty zgłoszonego w przedmiotowych okolicznościach, w sytuacji gdy stanowi to naruszenie reguł wykonywania zobowiązań określonych w art. 354 § 1 k.c. oraz postanowień pkt 2,5-7 gwarancji.

Powód zaprzeczył temu. Załączył do akt dowód z dokumentu, którego prawdziwości pozwany nie zakwestionował, w postaci pisma z dnia 19 grudnia 2013 r. (k.287), z którego wynika (k. druga strona pisma k. 288), że pozwany potwierdził odbiór od powoda tego pisma, do którego załącznikiem nr 2, w świetle jego treści, było m. in. „Potwierdzone za zgodność z oryginałem wezwanie zawarte w nocie księgowej z dnia 29 listopada 2013 r. wraz z pismem przewodnim”. Jeśli pozwany teraz zaprzecza, że taki dokument został mu doręczony to powinien okazać ten dokument, aby wykazać, że tego załącznika nie było lub że nie był on poświadczony za zgodność z oryginałem, tak jak twierdzi, jednakże tego nie uczynił. Powód nie ma możliwości wykazania tego, jak wyglądał dokument, który został faktycznie doręczony pozwanemu, skoro go po prostu nie ma, gdyż wydał go pozwanemu. Potwierdzenie odbioru ww. pisma z opisanymi w nim załącznikami rodzi domniemanie faktyczne (art. 231 k.c.), że załącznikiem była nota potwierdzona za zgodność z oryginałem, mająca jak sam pozwany wskazuje walor wezwania do zapłaty i pozwany tego domniemania nie obalił.

Trzeba w tym miejscu dodać, że gwarancja nie wskazywała, w jaki sposób to potwierdzenie za zgodność ma nastąpić, kto ma tego potwierdzenia dokonać, że np. ma to być potwierdzenie notarialne. Ten obowiązek wynika tylko z umowy cywilnoprawnej stron. Brak było wniosków dowodowych jak strony rozumiały ten zapis umowy. Gdyby zatem nawet przyjąć, że pozwanemu doręczono taką wersję dokumentacji, jaka załączona jest w odpisach załączonych do pozwu, to można przyjąć, że wystarczające byłoby potwierdzenie za zgodność samego pisma przewodniego, do którego załącznikiem była nota księgowa, gdyż z gwarancji nie wynika żadna rygorystyczna forma potwierdzenia za zgodność z oryginałem tego dokumentu. Taki pogląd jest zasadny, mając na uwadze cel tego warunku gwarancji, w którym chodziło o zagwarantowanie przedstawienia prawdziwej wersji noty, a to, że treść kopii ww. dokumentu jest prawdziwa, zgodna z oryginałem nie było w ogóle kwestionowane.

Zauważyć należy także to, że dokumenty przedstawiane gwarantowi w ramach gwarancji muszą być przez niego zbadane z należytą starannością, ponieważ gwarant udziela gwarancji w zakresie prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, a ocena jego działalności jest dokonywana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Należyta staranność gwaranta obejmuje także posiadanie niezbędnej wiedzy fachowej, znajomości treści umowy objętej gwarancją, obowiązującego prawa i następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności.

Pozwany zatem, jeśli potwierdził przyjęcie dokumentu wzywającego do wypłaty należności z gwarancji bez zastrzeżeń, tj. bez wskazania, że nie ma przy nim jednego z wymienionych w nim załączników lub są one inne niż wskazane w treści pisma, nie wzywał o uzupełnienie braków pisma, a zamiast tego po kilku miesiącach, zamiast po 30 dniach,

odmówił wypłaty z gwarancji, argumentując m.in., że brak jest przy tym piśmie wezwania do zapłaty zawartego w nocie księgowej potwierdzonego za zgodność z oryginałem, sam zachowuje się niezgodnie z art. 354 k.c., który stanowi, że dłużnik powinien wykonywać zobowiązanie zgodnie z jego treścią w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego.

Stąd zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 354 k.c. i art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i nieuwzględnienie treści gwarancji określonej w pkt 5 - 7, z których wynika wymóg wskazania w wezwaniu do zapłaty z gwarancji, żądanej kwoty, która jednocześnie ma być należna z gwarancji oraz załączenia wezwania do zapłaty kar umownych potwierdzonego za zgodność był zdaniem Sądu II instancji niezasadny.

***Z tych względów apelacja została oddalona na podstawie art. 385 k.p.c.***

***O kosztach procesu w postępowaniu apelacyjnym orzeczono stosownie do treści art. 98 § 1 i 3 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 2 pkt 7 i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. 2015.1800) w wersji tego przepisu obowiązującej po jego zmianie, która weszła w życie z dniem 27 października 2016, tj. w wersji obowiązującej w dacie wniesienia apelacji, co miało miejsce w listopadzie 2017 r. tj. zasądzone stawkę minimalną za prowadzenie sprawy, w której wartość przedmiotu zaskarżenia wynosiła 658.800 zł z uwzględnieniem w postępowaniu apelacyjnym 75% tej stawki, która wynosiła 10.800 zł, czyli zasądzone kwotę 8.100 zł tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.***