



Sygn. akt II CSKP 1127/22

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 listopada 2022 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Mariusz Załucki (przewodniczący)

SSN Jacek Widło (sprawozdawca)

SSN Kamil Zaradkiewicz

w sprawie z powództwa "S." spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.
przeciwko Z.- spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w S. o zapłatę
oraz z powództwa wzajemnego Zakładu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w
S.
przeciwko "S." spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w S.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym
w Izbie Cywilnej w dniu 25 listopada 2022 r.,
skargi kasacyjnej powódki (pozwanej wzajemnej)
od wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie
z dnia 31 grudnia 2020 r., sygn. akt I AGa 70/20,

- 1. oddala skargę kasacyjną;**
- 2. zasądza od S. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.
na rzecz Z. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. kwotę
12.500 (dwanaście tysięcy pięćset) złotych tytułem zwrotu
kosztów
postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 31 grudnia 2020 r. Sąd Apelacyjny w Szczecinie w sprawie o zapłatę z powództwa S. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. przeciwko Z. spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w S. oraz w sprawie o zapłatę z powództwa wzajemnego Z. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. (dalej także Z.) przeciwko S. spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w S. (dalej także S.) na skutek apelacji obu stron od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z 5 czerwca 2019 r., w szczególności: zmienił pkt. II. zaskarżonego wyroku w ten sposób, że zasądził dodatkowo od pozwanego - powoda wzajemnego Z. na rzecz powoda - pozwanego wzajemnego S. kwotę 39.354,09 zł wraz ustawowymi odsetkami za opóźnienie, oddalając powództwo główne w pozostałym zakresie; zmienił pkt. IV zaskarżonego wyroku w ten sposób, że zasądził od powoda - pozwanego wzajemnego S. na rzecz pozwanego - powoda wzajemnego Z. w S. kwotę 826 834,34 zł wraz z ustawowymi odsetkami; zmienił pkt. V. zaskarżonego wyroku w ten sposób, że zasądził od powoda - pozwanego wzajemnego S. spółki na rzecz pozwanego - powoda wzajemnego Z. dodatkowo kwotę 1 504 595,46 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie, oddalając powództwo wzajemne w pozostałej części; oddalił apelację powoda - pozwanego wzajemnego S. w pozostałej części oraz oddalił apelację pozwanego - powoda wzajemnego Z. w pozostałej części.

W sprawie ustalono następujący stan faktyczny.

Z. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. zawarła w trybie przetargu publicznego umowę o roboty budowlane z K., w skład którego wchodziły S.1 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. oraz S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S., zwane dalej „K.”.

Przedmiot umowy miał być wykonywany etapami. Strony ustaliły też termin realizacji jego wykonania po jego kilku modyfikacjach na 30 czerwca 2013 r. Wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy miało być ryczałtowe i wynosić ostatecznie po uwzględnieniu wszystkich zmian umowy, 14.969.764,33 zł netto (18.392.652,35 zł brutto). Poza główną Umową nr [...] Z. i K. zawarli również szesnaście umów o roboty dodatkowe, wielokrotnie aneksowanych,

które nie były objęte zawartą pierwotnie umową główną. Umowy o wykonanie robót dodatkowych opiewały łącznie na kwotę 4.999.219,61 zł netto.

Na zlecenie K.: S.1 sp. z o.o. i S. sp. z o.o., G. S.A. w W., jako gwarant wystawiło 30 lipca 2010 r. na rzecz Z. jako beneficjenta, gwarancję ubezpieczeniową należytego wykonania umowy zobowiązując się nieodwołalnie i bezwarunkowo, niezależnie od ważności i skutków prawnych zawartej umowy i gwarantując zapłatę każdej żądanej przez Z. kwoty maksymalnie do wysokości 2.067.662,25 zł, następnie zwiększono gwarancję do kwoty 2.357.481,22 zł oraz 707.244,37 zł oraz zmieniono okres jej ważności .

W trakcie realizacji Umowy nr [...] z 5 sierpnia 2010 r. dochodziło do zmian w koncepcji zagospodarowania terenu inwestycji, jak i co do parametrów niektórych budowli. Dopiero pod koniec realizacji inwestycji Wykonawca zaczął podnosić, że wprowadzane na bieżąco zmiany mogą mieć charakter zmian istotnych z punktu widzenia prawa budowlanego i mogą wymagać dokonania zmiany pozwolenia na budowę. W umówionej dacie zakończenia realizacji przedmiotu Umowy, tj. 30 czerwca 2013 r. wszystkie z kwestii objętych zmianami w projekcie, poza jedną, były zrealizowane. Przed terminem ukończenia robót przypadającym na 30 czerwca 2013 r. zrealizowana została również około połowa spośród zawartych ogółem szesnastu umów o roboty dodatkowe, zaś pozostałe zgłaszane były do odbioru już po tej dacie.

Podczas realizacji inwestycji pojawiły się problemy z realizacją prac, pierwsze już w 2011r., sprowadzające się, w szczególności, do następujących okoliczności: teren, na którym realizowana była inwestycja był podmokły, co wymagało budowy ścian oporowych. W konsekwencji wprowadzano zmiany dotyczące robót i poszczególnych obiektów objętych umową. Problemy z realizacją prac, dotyczyły też sieci wodociągowo-kanalizacyjnej co wymagało zmiany pierwotnie przyjętej koncepcji i zaistniała potrzeba dokonania zmian w projekcie. Już w połowie 2012 r., wobec wystąpienia trudności finansowych lidera K., którym była S.1 sp. z o.o., zachodziły takie okoliczności, że Z. płacił wynagrodzenie bezpośrednio na rzecz podwykonawców K., czyniąc to jednak wprost na wniosek generalnego wykonawcy, którym po ogłoszeniu upadłości spółki S.1 została spółka S.. S. wskazywał też, że nie jest w stanie zakończyć prac budowlanych o czasie,

ponieważ brak zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę. W efekcie K. poinformowało, że nie jest w stanie w terminie do 30 czerwca 2013 r. zakończyć robót zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa budowlanego oraz przedstawić Z. wszelkich dokumentów niezbędnych do złożenia wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie.

Pismem z 28 maja 2013 r. Z. zwrócił się do G. S.A. w W. w celu realizacji gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy domagając się zapłaty 2.357.481,22 zł, ze względu na to, że zleceniodawca gwarancji pomimo pisemnego wezwania nie dostarczył w terminie kontynuacji zabezpieczenia należytego wykonania umowy, która obowiązywała do 30 kwietnia 2013 r., a jej zabezpieczenie do 30 maja 2013 r. Następnie pismem z 29 maja 2013 r. Z. odwołał realizację gwarancji ubezpieczeniowej z uwagi na dostarczenie przez zleceniodawcę gwarancji aneksu przedłużającego termin jej ważności. Pismem z 2 lipca 2013 r. Syndyk masy upadłości S.1 spółki z o.o., skierował do S. spółki z o.o. oświadczenie o odstąpieniu od umów wzajemnych na podstawie art. 98 ust. 1 prawa upadłościowego i naprawczego; umowy K. z 16 lutego 2010r. oraz Umowy nr [...] z 5 sierpnia 2010r.

Z. poinformował S. sp. z o.o., że nalicza spółce kary umowne z tytułu niewykonania w terminie do 30 czerwca 2013 r. robót budowlanych z Umowy nr z 5 sierpnia 2010 r. Pismem z 23 lipca 2013 r. Z. ponownie zwrócił się do G. S.A. w W. w celu realizacji gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy żądając zapłaty 2.357.481,22 zł. Pismem z 2 sierpnia 2013 r. S. spółka z o.o. skierowała do Z. wezwanie do udzielenia gwarancji zapłaty bankowej lub ubezpieczeniowej w terminie 45 dni od daty otrzymania wezwania na kwotę równowartości przysługującego S. wynagrodzenia na podstawie Umowy z 5 sierpnia 2010 r. oraz na podstawie umów o roboty dodatkowe. Nadto, Spółka S. informowała, że jeżeli Wykonawca nie uzyska żądanej gwarancji, uprawniony będzie do odstąpienia od umowy z winy Zamawiającego.

Pismem z 19 września 2013 r. S. poinformował Z., że ze względu na to, iż Z. mimo upływu 45-dniowego terminu nie udzielił żądanej gwarancji zapłaty wynagrodzenia, Spółce S. przysługuje na mocy art. 649⁴ k.c. uprawnienie do odstąpienia od Umowy. Uznano, że udzielona gwarancja nie spełnia żądania

wykonawcy. Z. skierował do S. datowane na 20 września 2013 r. (a doręczone 23 września 2013 r.) oświadczenie o odstąpieniu od Umowy nr [...] ze względu na niedotrzymanie przez K. S. sp. z o.o. i S.1 sp. z o.o. terminu wykonania robót. Nadto, jako powód odstąpienia wskazano niewykonanie przez K. obowiązku przedłożenia umów ubezpieczenia wymaganych postanowieniami Umowy nr [...], których ochrony ubezpieczeniowej upłynął 30 czerwca 2013 r. Jako trzecią przyczynę odstąpienia Z. wskazał zaistnienie okoliczności uzasadniających ogłoszenie upadłości Wykonawcy, gdyż wobec jednego z członków K. (S. sp. z o.o.) ogłoszono upadłość, a sytuacja S. uzasadniała ogłoszenie jego upadłości, gdyż do Z. zgłaszali się podwykonawcy, którym Wykonawca nie zapłacił wynagrodzenia.

Pismem z 23 września 2013 r. (doręczonym tego samego dnia) Spółka S. złożyła wobec Z. oświadczenie o odstąpieniu od umów o roboty budowlane w trybie art. 649⁴ § 1 k.c., wskazując, jako powód nieudzielenie przez Z. w wyznaczonym terminie gwarancji zapłaty wynagrodzenia. Ponadto w związku z odstąpieniem spółka wezwała Z. do niezwłocznego powołania komisji w celu przekazania placu budowy. Również pismem z 23 września 2013 r. Z. oświadczył S. sp. z o.o., że odstępuje od umów łączących Z. z K. S. sp. z o.o. i S. sp. z o.o. o roboty dodatkowe. Jako przyczynę odstąpienia Z. wskazał te same przyczyny co przy odstąpieniu od umowy głównej. Pismem z 25 września 2013 r. Z. wezwał S. sp. z o.o. do zapłaty łącznej kwoty 6.216.733,91 zł z tytułu kar umownych, na którą składały się kara umowna z tytułu zwłoki za niedotrzymanie terminu wykonania robót w kwocie 1.936.616,40 zł oraz z tytułu odstąpienia do umów w kwocie 4.280.117,51 zł.

Roboty wykonawcy zostały odebrane protokolarnie (protokół nr [...] z 23 sierpnia 2013r.). Zgodnie z dokumentacją ustalono, że wartość robót według harmonogramu i Umowy z 5 sierpnia 2010 r. zmienionej aneksami wynosić powinna 14.969.764,34 zł, a wartość robót wykonanych według protokołu nr [...] z 23 sierpnia 2013 r. wynosiła 13.[...]1.997,42 zł, co oznaczało, że wartość robót pozostała do wykonania wynosi 1.367.766,92 zł. Wartość wszystkich robót wykonanych przez K. wskazanych w protokole inwentaryzacji, a nie ujętych w

protokole odbioru nr [...] z 23 sierpnia 2013 r.,. wynosiła w rzeczywistości 789.385,62 zł netto.

W tak ustalonym stanie faktycznym, wyrokiem z 5 czerwca 2019 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie zasądził od pozwanego - powoda wzajemnego Z. na rzecz powoda - pozwanego wzajemnego S. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. kwotę 2.528.585,99 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie, oddalił powództwo główne w pozostałej części, zasądził od powoda - pozwanego wzajemnego S. na rzecz pozwanego - powoda wzajemnego Z. kwotę 868.803,14 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie; oddalił powództwo wzajemne w pozostałej części.

Na podstawie ustalonego stanu faktycznego Sąd I instancji uznał oba powództwa za tylko częściowo zasadne.

Sąd I instancji wskazał, że dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy konieczne było w pierwszej kolejności ustalenie, w wyniku oświadczenia której ze stron nastąpił skutek w postaci odstąpienia od umowy. Uznał, że skuteczne jest oświadczenie o odstąpieniu ze strony Z. Wskazał, że główną przyczyną odstąpienia od umowy przez Z. była zwłoka w wykonaniu robót przez wykonawcę, co uzasadniało zastosowanie instytucji przewidzianej w art. 635 k.c. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy zostało złożone już po upływie umownego terminu realizacji robót. Ocena całokształtu okoliczności, które doprowadziły ostatecznie do odstąpienia od umowy nie pozwoliła, w ocenie Sądu I instancji, uznać, że do odstąpienia doszło z przyczyn leżących po stronie S.. W tej sytuacji, choć wystąpiły przesłanki odstąpienia przewidziane w art. 635 k.c., bowiem wystarczające w tym przypadku było samo tylko opóźnienie w realizacji robót ze strony S., (nie zaś kwalifikowana jego postać, tj. zwłoka), brak było ostatecznie podstaw do naliczania wykonawcy kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po jego stronie. Stwierdzenie skuteczności odstąpienia od umowy dokonanego przez Z. czyniło, jak zważył Sąd I instancji, w zasadzie zbędną ocenę oświadczenia o odstąpieniu złożonego przez S.. Niemniej w ocenie Sądu oświadczenie to nie mogło wyrzucić zamierzonego skutku. W niniejszej sprawie S. wprawdzie domagał się gwarancji „na pierwsze żądanie”, jednakże oczekiwanie to nie znajdowało racjonalnego uzasadnienia w dotychczasowym przebiegu współpracy stron.

W ocenie Sądu Okręgowego niezasadne okazały się także pozostałe zarzuty kierowane przez S. odnośnie formy gwarancji zapłaty.

Odnośnie do odstąpienia od umów o roboty dodatkowe, Sąd I instancji stwierdził, że odstąpienie to stanowiło konsekwencję odstąpienia od umowy głównej; nastąpiło już po złożeniu tożsamego oświadczenia przez S., a zatem w czasie kiedy współpraca stron została już zakończona. Odnosząc się do żądań z powództwa głównego Sąd wskazał, że obejmowały one trzy roszczenia: z tytułu pozostałej części wynagrodzenia za wykonane na rzecz Z. roboty, z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy z winy Z., z tytułu zwrotu środków wypłaconych przez S. na rzecz G. w związku z gwarancją zapłaty za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o roboty budowlane. Podstawy prawnej pierwszego z roszczeń powód upatrywał w przepisie art. 649⁴ k.c. Podstawę prawną powództwa głównego w zakresie żądania pozostałej części należności za wykonane przez spółkę S. prace stanowił przepis art. 405 k.c. Ostatnie, zaś, z żądań powoda oparte było na przepisie art. 415 k.c. Ocenę żądań zgłoszonych w pozwie przez S. w zakresie wynagrodzenia Sąd poprzedził stwierdzeniem, że w świetle wcześniejszych uwag nie znalazł w niniejszej sprawie zastosowania przepis art. 649⁴ § 3 k.c., w sytuacji, w której nieskuteczne okazało się odstąpienie przez S. od umowy z powodu braku żądanej gwarancji.

Brak było także podstaw do zastosowania art. 639 k.c., który uprawnia przyjmującego zamówienie do otrzymania całego wynagrodzenia mimo jego niewykonania, jeżeli był gotów je wykonać, a doznał przeszkody ze strony zamawiającego. Sąd podkreślił, że w związku ze skutecznym odstąpieniem przez Z. od umowy, umowę tę traktować należało za niezawartą, co skutkowało brakiem legitymacji wykonawcy do żądania wynagrodzenia, które stanowiło podstawowy obowiązek umowny inwestora. Z chwilą odstąpienia od umowy S. mógł domagać się od Z. jedynie zapłaty wartości wykonanych na rzecz inwestora robót, za które nie uiszczono do tej pory wynagrodzenia. Podstawę prawną takiego żądania stanowił przepis art. 405 k.c. Wartość robót będąca przedmiotem wzbogacenia Z. stanowiła zatem łączną kwotę 919.942,85 zł. Brak było jednak podstaw do uwzględnienia powództwa w tej kwocie, gdyż uzasadniony okazał się zarzut potrącenia z wierzytelnością wzajemną przysługującą Z. z tytułu wypłat

wynagrodzeń na rzecz podwykonawców. Fakt dokonania przez Z. płatności na rzecz podwykonawców S. wymienionych w odpowiedzi na pozew nie był kwestionowany; potwierdzony został dowodami zapłaty.

Za uzasadnione, Sąd uznał powództwo o zapłatę kwoty 2.357.481,22 zł tytułem zwrotu kwoty gwarancji ubezpieczeniowej wypłaconej przez gwaranta G. na żądanie Z. Podstawę tego roszczenia stanowił art. 415 k.c. Gwarancja udzielona przez G. zabezpieczała, niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków umownych oraz roszczenia z tytułu gwarancji jakości i rękojmi za wady. W chwili, zaś, złożenia wniosku o wypłatę kwoty z gwarancji, tj. w dniu 23 lipca 2013 r., nie istniały jeszcze wierzytelności, które były przedmiotem zabezpieczenia w postaci gwarancji. Ostatecznie Z. naliczył kary za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, które okazały się niezasadne.

Odnosnie natomiast do roszczenia o zapłatę kary umownej w kwocie 3678.530,47 zł za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Z., powództwo główne zostało oddalone. Jak zważył Sąd Okręgowy, to Z. jako pierwszy odstąpił od umowy i odstąpienie to było skuteczne, co wyłączało możliwość żądania kary umownej przez S. Oddaleniu podlegało także żądanie zapłaty należności za wykonane roboty w części ponad przyznaną kwotę 171.104,77 zł.

W zakresie powództwa wzajemnego Sąd wskazał, że składały się na nie trzy roszczenia: z tytułu zwrotu kwot wypłaconych podwykonawcom, po uwzględnieniu potrącenia (843.114,09 zł) oraz zwrot kwot wypłaconych już po złożeniu oświadczenia o potrąceniu (25.689,65 zł); z tytułu kar umownych za odstąpienie od umowy głównej i umów o roboty dodatkowe w łącznej kwocie 1907.494,82 zł, w tym z tytułu umowy głównej 1.321.049,25 zł; z tytułu kar umownych za zwłokę w wykonaniu umów o roboty dodatkowe z dnia 18.09.2012 r., 27.09.2012 r., 15.11.2012 r. w łącznej kwocie 124.628,86 zł. Pierwsze z tych żądań oparte na przepisie art. 405 k.c., zasługiwało na uwzględnienie w pełnym zakresie. Podstawę, zaś, roszczenia o zapłatę kar umownych stanowił przepis art. 483 § 1 k.c. Jak wskazał Sąd I instancji ocena całokształtu okoliczności, które doprowadziły ostatecznie do odstąpienia od umowy nie pozwoliła uznać, że do odstąpienia doszło z przyczyn leżących po stronie S. Aczkolwiek wystąpiły przesłanki

odstąpienia przewidziane w art. 635 k.c., to ostatecznie brak było przesłanek do naliczania wykonawcy kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po jego stronie. Odnosnie do kar umownych za zwłokę Sąd Okręgowy podniósł, że żądanie Z. pozostawało w sprzeczności z jego stanowiskiem; odstąpienie od umowy, na skutek którego dochodzi do niewykonania umowy, wyłącza jednocześnie możliwość żądania kary za zwłokę w jej realizacji, będącej przejawem nienależytego wykonania umowy. Sąd Okręgowy podkreślił, iż nawet w przypadku braku przesłanek do odstąpienia od tej umowy, druga strona również złożyła oświadczenie o odstąpieniu od wszystkich umów, zatem wolą obydwu stron było zniweczenie skutków zawartej uprzednio umowy. W konsekwencji żądanie to, w ocenie Sądu, nie zasługiwało na uwzględnienie. Ostatecznie, zatem, powództwo wzajemne uwzględniono w części obejmującej zwrot kwot wypłaconych podwykonawcom, tj. w kwocie 868.803,74 zł, stanowiącej 30% żądania.

Apelacje od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 5 czerwca 2019 r. wniosły obie strony w zakresie powództwa głównego, jak też i wzajemnego.

W ocenie Sądu II instancji apelacje obu stron okazały się częściowo zasadne.

Wstępnie, Sąd Apelacyjny w Szczecinie zaznaczył, że Sąd I instancji w sposób prawidłowy zgromadził w sprawie materiał dowodowy i w dalszej kolejności w zasadniczej części dokonał właściwej jego oceny. W konsekwencji w takim zakresie ustalił stan faktyczny odpowiadający treści tych dowodów. Stąd też Sąd Apelacyjny przyjął go za własny. Sąd Odwoławczy stwierdził, że mając na względzie fakt, obie apelacje w znacznej części dotyczą tożsamyh zagadnień, kwestie te omówił łącznie, przy odrębnym odniesieniu się do tych zarzutów, które podniesione zostały wyłącznie przez jedną ze stron.

Sąd II instancji, w pierwszej kolejności rozważył zarzut naruszenia przez Sąd I instancji przepisu art. 328 § 2 k.p.c., jako najdalej idący. Zarzut ten został uznany za niezasadny. Za częściowo niezasadne, a ponadto w części wadliwie skonstruowane Sąd II instancji uznał zawarte w obu apelacjach zarzuty dotyczące naruszenia przez Sąd I instancji przepisu art. 233 § 1 k.p.c. i to tak w zakresie powództwa głównego, jak i powództwa wzajemnego

Sąd Apelacyjny podkreślił, że słusznie zauważył Sąd I instancji, iż kluczową dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, tak w zakresie powództwa głównego, jak i powództwa wzajemnego, była kwestia skuteczności odstąpienia przez każdą ze stron od Umowy nr [...] z dnia 5 sierpnia 2010 roku, jak również umów o roboty dodatkowe. W okolicznościach niniejszej sprawy, pierwszy swoje oświadczenie o odstąpieniu od łączącej strony umowy głównej złożył pozwany - powód wzajemny w piśmie z 20 września 2013 roku. Sąd odwoławczy podzielił ocenę, że to odstąpienie było skuteczne.

Sąd Apelacyjny nie podzielił podniesionego w apelacji powoda - pozwanego wzajemnego zarzutu naruszenia przez Sąd I instancji przepisu art. 635 k.c. Sąd Apelacyjny przychylił się do poglądu, zgodnie z którym przepis ten tym bardziej znajduje zastosowanie do sytuacji, kiedy przyjmujący zamówienie nie wykonał go w przewidzianym terminie.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zasadny okazał się zawarty w apelacji pozwanego - powoda wzajemnego zarzut wadliwego zastosowania przez Sąd I instancji art. 635 k.c. Analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego dała podstawy do uznania, że przyczyny opóźnienia w wykonaniu prac leżały jednak po stronie wykonawcy. Z niekwestionowanych w obu apelacjach ustaleń faktycznych wynikało jednoznacznie, że powód - pozwany wzajemny nie ukończył wszystkich prac objętych Umową z 5 sierpnia 2010 roku w terminie, a więc do 30 czerwca 2013 roku.

Sąd Apelacyjny zauważył, że zarówno Sąd, jak i powód - pozwany wzajemny swoje stanowisko co do przyczyn opóźnienia w wykonaniu prac konstruowali w oparciu o kwestię związaną z wystąpieniem przez pozwanego o zmianę decyzji o pozwoleniu na budowę. Z ustaleń Sądu wynikało jednoznacznie, że wszystkie prace, które objęte zostały decyzją o zmianie decyzji o pozwoleniu na budowę zostały wykonane przed 30 czerwca 2013 r., a nawet przed wystąpieniem o zmianę decyzji, co miało miejsce 24 maja 2013 r. (sama decyzja wydana została 16 lipca 2013 r.). Tym samym opóźnienie dotyczyło innych prac. Te natomiast mogły i powinny być wykonywane w terminie. W dalszej kolejności Sąd Apelacyjny przyjął, że nie sposób było podzielić stanowiska Sądu I instancji co do tego, że odstąpienie od umowy przez pozwanego - powoda wzajemnego podyktowane było

obawą przed skorzystaniem z takiego uprawnienia przez powoda - pozwanego wzajemnego, co było mu sygnalizowane. W rozważanej sprawie wykonawca w sposób oczywisty opóźniał się ze spełnieniem swojego świadczenia. Jednocześnie przyczyny takiego stanu rzeczy leżały po jego stronie. Sąd Odwoławczy uznał, że brak było podstaw do przyjęcia, że działania zamawiającego stanowiło nadużycie prawa.

Podzielenie, natomiast, ustaleń Sądu I instancji co do skuteczności odstąpienia od umowy przez pozwanego - powoda wzajemnego z tą jednak modyfikacją, że nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie powoda - pozwanego wzajemnego, skutkowało koniecznością uznania za zasadne żądania pozwanego - powoda wzajemnego zawartego w pozwie wzajemnym dotyczącego zasądzenia na jego rzecz kwoty 1 321 049,25 zł z tytułu kar umownych. Stąd też za zasadne uznano zawarte w jego apelacji zarzuty naruszenia przez Sąd I instancji przepisów art. 233 § 1 k.p.c., art. 635 k.c. oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 635 k.c. Jednocześnie takie stanowisko skutkowało uznaniem, że niezasadne okazało się zawarte w pozwie głównym żądanie powoda - pozwanego wzajemnego zasądzenia kwoty 3 678 530,47 zł z tytułu naliczenia kar umownych w związku z odstąpieniem przez niego od Umowy z 5 sierpnia 2010 roku. Jego oświadczenie w tym względzie okazało się nieskuteczne, a tym samym nie zaktualizowały się przesłanki do naliczania kar umownych z tego tytułu.

Niezasadne, zdaniem Sądu odwoławczego, okazały się również zarzuty zawarte w apelacji powoda - pozwanego wzajemnego dotyczące naruszenia art. 635 k.c. w zw. z art. 494 k.c., art. 491 § 2 k.c. oraz art. 379 k.c. poprzez ich wadliwe zastosowanie i w konsekwencji ustalenie, że odstąpienie od umowy przez zamawiającego wywołało skutki *ex nunc*.

Powód - pozwany wzajemny w pozwie domagał się zapłaty kwoty 1 880 056,09 zł jako różnicy pomiędzy wysokością wynagrodzenia ustalonego w Umowie z 5 sierpnia 2010 r., a wysokością wynagrodzenia, jakie otrzymał od zamawiającego do daty odstąpienia przez tego ostatniego od umowy. Jak stwierdził Sąd II instancji zasadna okazała się wyłącznie ta część tak określonego żądania, która odnosiła się do wynagrodzenia za prace rzeczywiście wykonane. Łącznie więc należne powodowi – pozwanemu wzajemnemu wynagrodzenie za wykonane

i nierozliczone do dnia odstąpienia od umowy prace zamykało się kwotą 919 942,85 zł netto i 1 131 529,71 zł brutto.

Dalej, natomiast, za całkowicie pozbawione podstaw, a nadto mające charakter czysto spekulatywny, Sąd Odwoławczy uznał zarzuty powoda - pozwanego wzajemnego dotyczące naruszenia przez Sąd I instancji przepisów art. 6 k.c. w zw. z art. 647¹ § 1 k.c.

W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego, uwzględniając przy tym wartości brutto ustalono wynagrodzenie powoda - pozwanego wzajemnego na kwotę 970.944,31 zł, co po dodaniu wartości brutto czterech faktur (1[...]585,40 zł) daje należne powodowi - pozwanemu wzajemnemu wynagrodzenie w wysokości 1.131.529,71 zł. Wskutek złożenia oświadczenia o potrąceniu umorzeniu podlegały wzajemne wierzytelności stron wyłącznie do kwoty 921.070,85 zł. Tym samym pozostała nierozliczona kwota wynagrodzenia wykonawcy na poziomie 210.458,86 zł. W konsekwencji Sąd Apelacyjny zmienił w tym zakresie rozstrzygnięcie Sądu I instancji (pkt. II) zasądzając dodatkowo od pozwanego — powoda wzajemnego na rzecz powoda - pozwanego wzajemnego kwotę 39 354,09 zł.

Żądanie wynagrodzenia w pozostałym zakresie okazało się, zdaniem Sądu II instancji, niezasadne, wobec braku podstaw do zastosowania w sprawie przepisu art. 649⁴ § 1 k.c. Skoro powód - pozwany wzajemny nie był uprawniony do odstąpienia od Umowy z 5 sierpnia 2010 roku na tej podstawie prawnej, to tym samym nie aktywowało się jego uprawnienie wynikające z treści art. 649⁴ § 3 k.c. W efekcie, niezależnie do braku podstaw do stosowania regulacji art. 649⁴ § 1 k.c., za niezasadny Sąd Odwoławczy uznał zawarty w apelacji powoda - pozwanego wzajemnego zarzut naruszenia przez Sąd I instancji przepisu art. 639 k.c. w zw. z art. 649⁴ § 3 k.c.

Pozbawiona podstaw okazała się apelacja pozwanego - powoda wzajemnego w części dotyczącej żądania powoda — pozwanego wzajemnego kwoty 2 357 481,22 zł z tytułu zwrotu środków wypłaconych przez wykonawcę na rzecz Spółki G. w związku z udzieloną gwarancją zapłaty za niewykonanie lub też nienależyte wykonanie umowy o roboty budowlane (zarzuty naruszenia przez Sąd I instancji przepisów art. 233 § 1 k.p.c., art. 415 k.c., art. 147 ust. 1 i 2 ustawy z dnia

29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych oraz art. 455 k.c). Zarzuty te nie zasługiwały na uwzględnienie, z tym jednak zastrzeżeniem, że w ocenie Sądu Apelacyjnego podstawę prawną roszczenia objętego rozszerzonym powództwem stanowić winien nie przepis art. 415 k.c., a przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, a więc art. 405 k.c. i następne.

Podzielił, z kolei Sąd Apelacyjny, zarzuty zawarte w apelacji powoda - pozwanego wzajemnego dotyczące wadliwego ustalenia, że odsetki ustawowe za opóźnienie od kwoty 2 357 481,22 zł nie należą się powodowi przynajmniej od 2 września 2014 roku oraz dotyczące braku wezwania do uzupełnienia braków formalnych pisma procesowego powoda - pozwanego wzajemnego z 24 sierpnia 2015 roku rozszerzającego powództwo.

Za wadliwe uznał Sąd Odwoławczy stanowisko Sądu I instancji dotyczące tego, że roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia (a nie odszkodowania), którego termin spełnienia nie wynika ani z treści zobowiązania, ani nie jest oznaczony, stało się wymagalne dopiero z chwilą doręczenia pozwanemu — powodowi wzajemnemu pisma procesowego zawierającego rozszerzenie powództwa i z upływem 7 dni na spełnienie świadczenia. W tym zakresie Sąd II instancji zmienił zaskarżony wyrok.

Za niezasadne Sąd Apelacyjny uznał zawarte w apelacji powoda - pozwanego wzajemnego zarzuty dotyczące wadliwego ustalenia, że pozwany - powód wzajemny wypełnił wynikający z treści art. 649³ § 1 k.c. obowiązek udzielenia gwarancji zapłaty zgodnie z jego żądaniem, co skutkowało wadliwym ustaleniem, że powód - pozwany wzajemny w piśmie z 23 września 2013 roku złożył nieskuteczne oświadczenie o odstąpieniu od Umowy z 5 sierpnia 2010 roku oraz od umów o roboty dodatkowe. Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko Sądu I instancji, iż w okolicznościach niniejszej sprawy powód - pozwany wzajemny nie miał uzasadnionych podstaw w oparciu o przepis art. 649⁴ § 1 k.c. do odstąpienia od umowy z winy inwestora z uwagi na to, że domagał się ustanowienia gwarancji bankowej (na pierwsze żądanie), natomiast zamawiający ustanowił akredytywę dokumentową. Także ta forma prawna, uwzględniając dotychczasowe relacje stron, w sposób właściwy zabezpieczała interesy wierzyciela (wykonawcy). Należało, jak podkreślił Sąd II instancji, zauważyć, co słusznie zaakcentował również Sąd

Okręgowy, iż dotychczasowa współpraca stron przebiegała prawidłowo. Pozwany - powód wzajemny wywiązywał się z wszystkich postanowień umownych, dokonywał wszystkich płatności w sposób terminowy a nawet przed terminem. Ponadto uwzględniając problemy finansowe wykonawcy dokonywał wypłat wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, którym przecież wynagrodzenie winien uiszczać powód - pozwany wzajemny. Mając to wszystko na względzie zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd I instancji poprawnie przyjął, że otwarcie akredytywy w żadnym przypadku nie doprowadziło do ustania zobowiązania zamawiającego.

W dalszej kolejności Sąd Apelacyjny odniósł się do kwestii odstąpienia przez strony od umów o roboty dodatkowe i w konsekwencji zasadności naliczenia przez pozwanego - powoda wzajemnego kar umownych z tego tytułu. Sąd Apelacyjny zauważył, że słusznie wskazał Sąd I instancji, iż oświadczenie powoda - pozwanego wzajemnego okazało się nieskuteczne, albowiem opierało się na założeniu, że pozwany nie udzielił skutecznie gwarancji zapłaty na podstawie art. 649¹ § 1 k.c.

Bezzasadne okazały się również zarzuty pozwanego - powoda wzajemnego dotyczące istnienia podstaw do odstąpienia od umów o roboty dodatkowe z 27 grudnia 2011 roku, z 21 września 2011 roku oraz z 11 czerwca 2013 roku.

Zasadne, natomiast, okazały się zarzuty zawarte w apelacji pozwanego - powoda wzajemnego dotyczące naruszenia przez Sąd I instancji przepisów art. 233 § 1 k.p.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 65 § 1 i 2 k.c. i w konsekwencji wadliwego nieuwzględnienia zawartego w pozwie wzajemnym żądania zapłaty kwoty 124 628,86 zł z tytułu naliczonych przez zamawiającego kar umownych za opóźnienia w wykonaniu prac objętych umowami o roboty dodatkowe.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Sąd Apelacyjny w Szczecinie postanowił, zmienić na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. tak w zakresie powództwa głównego, jak i powództwa wzajemnego, a w pozostałym zakresie apelację każdej ze stron oddalił, jako niezasadne na podstawie art. 385 k.p.c.

Powód (pozwany wzajemny) S. Sp. z o.o. w S. zaskarżył skargą kasacyjną wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 31 grudnia 2020 r., w części.

Jako podstawy skargi skarżący wskazał na naruszenie przez Sąd II instancji przepisów prawa materialnego poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe

zastosowanie (art. 398³ §1 pkt 1 k.p.c.) oraz przepisów postępowania, których uchybienie miało istotny wpływ na wynik sprawy (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.), to jest:: tj. art. 649¹§1 k.c. w zw. z art. 649²§1 k.c. w zw. z art. 649⁴ k.c. w zw. z art. 354 k.c. polegające na przyjęciu, że pozwany (powód wzajemny) skutecznie udzielił powodowi (pozwanemu wzajemnemu) gwarancji zapłaty za roboty budowlane; art. 649²§1 i 2 k.c. w zw. z art. 65 § 1 k.c. i przyjęcie, że oświadczenie pozwanego (powoda wzajemnego) datowane na dzień 20.09.2013 roku złożone drugiej stronie w dniu 23.09.2013 roku nie miało charakteru bezskutecznego; art. 635 k.c. w zw. z 494 k.c. w zw. z 491 §2 k.c. oraz art. 379 k.c. oraz 395 k.c. poprzez ich wadliwe zastosowanie i ustalenie, że świadczenie powoda (pozwanego wzajemnego) wynikające z umowy o roboty budowlane jest świadczeniem podzielnym; art. 483 §1 k.c. w zw. z art. 484 §1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że pozwany (powód wzajemny) w żaden sposób nie przyczynił się do opóźnienia w wykonaniu robót budowlanych; tj. przepisu art. 484§2 k.c. poprzez odstąpienie od miarkowania kar umownych żądanych przez pozwanego (powoda wzajemnego); art. 6 k.c. w zw. z 647(1) § 1 k.c. poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że na pozwanej nie ciążył obowiązek udowodnienia zakresu umowy łączącej powódkę z podwykonawcami; art. 381 k.p.c. oraz art. 233§ 1 k.p.c. poprzez pominięcie wniosków dowodowych w postaci umowy sprzedaży z dnia 24 kwietnia 2012 roku wraz z aneksem nr 1, protokołu przekazania z dnia 24 kwietnia 2012 roku, oświadczenia o potrąceniu z dnia 25 sierpnia 2016 r. jako spóźnionych i braku wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego.

We wnioskach skarżący domagał się, w szczególności, uchylenia wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 31 grudnia 2020 r., w zaskarżonej części oraz:

1. zasądzenia z tytułu powództwa głównego od pozwanego (powoda wzajemnego) na rzecz powoda (pozwanego wzajemnego) kwoty 3.678.530,47 zł, tytułem kary umownej oraz 1.669.597,23 zł tytułem niewypłaconego wynagrodzenia z umowy głównej wraz z odsetkami, 2. oddalenie w całości powództwa wzajemnego; ewentualnie: 3. zmiarkowania kary umownej będącej podstawą powództwa wzajemnego z kwoty 1.504.595,46 zł do kwoty [...].183,81 zł.

W odpowiedzi na skargę pozwany (powód wzajemny) Z. wnosił o jej oddalenie w całości.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że zawarty w art. 398³ § 3 k.p.c. zakaz oparcia skargi kasacyjnej na zarzutach dotyczących ustalenia faktów lub oceny dowodów oraz związanie Sądu Najwyższego ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia (art. 398¹³ § 2 k.p.c.) oznacza niedopuszczalność powoływania się przez skarżącego na wadliwość wyroku sądu drugiej instancji, która polega na ustaleniu faktów lub niewłaściwie przeprowadzonej ocenie dowodów (zob. postanowienie SN z 24 lutego 2021 r., IV CSK 396/19). Zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., w postaci braku wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego nie może być przedmiotem rozważań i ocen Sądu Najwyższego, skoro jego treść normatywna odnosi się bezpośrednio do dokonywania przez sąd oceny dowodów, a Sąd Najwyższy związany jest ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia - art. 398¹³ § 2 k.p.c., (zob. postanowienie SN z 27 sierpnia 2020, IV CSK 140/2020).

Co do zarzutu naruszenia przepisu art. 381 k.p.c. oraz art. 233 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie wniosków dowodowych w postaci wskazanych w zarzucie dokumentów, jako spóźnionych, trzeba zauważyć, że zgodnie z art. 381 k.p.c. należy uprawdopodobnić, dlaczego wnioski dowodowe są powoływane przez skarżącego dopiero w apelacji. W realiach przedmiotowej sprawy wnioski dowodowe dotyczyły następujących dokumentów: umowy sprzedaży z 24 kwietnia 2012 r. wraz z aneksem nr 1, protokołu przekazania z 24 kwietnia 2012 r. oraz oświadczenia o potrąceniu z 25 sierpnia 2016 r. Sąd Apelacyjny miał podstawy do ich pominięcia, gdyż zgodnie z art. 381 k.p.c., sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później. Skarżący nie uprawdopodobnił, dlaczego nie powołał się na te dokumenty, które powstały wiele lat przed rozstrzygnięciem sądu pierwszej, jak i sądu drugiej instancji. Nie wykazał ponadto, w skardze kasacyjnej, motywów uzasadniających

potrzebę ich powoływania się dopiero na etapie postępowania apelacyjnego. W rezultacie zarzutu tego nie można było uznać za zasadny.

Nie można również uznać za zasadny zarzutu naruszenia przepisów art. 635 k.c. w zw. z 494 k.c. w zw. z 491 §2 k.c. oraz art. 379 k.c. oraz 395 k.c. poprzez ich wadliwe zastosowanie i ustalenie, że świadczenie powoda (pozwanego wzajemnego) wynikające z umowy o roboty budowlane jest świadczeniem podzielnym, umożliwiającym odstąpienie od umowy przez zamawiającego ze skutkiem na przyszłość (*ex nunc*), podczas gdy dotyczyło ono całości umowy (ze skutkiem *ex tunc*). W przedmiotowej sprawie ustalony stan faktyczny wskazywał, że dokonane odstąpienie odnosiło się nie do całości umowy, lecz do jej niezrealizowanej części. O tym, czy odstąpienie od umowy o roboty budowlane wywołuje skutek *ex tunc*, czy *ex nunc*, oprócz okoliczności sprawy i woli składającego oświadczenie, decyduje podzielność świadczenia. Zgodnie z art. 379 § 2 k.c. świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości. Świadczenie niespełniające tych wymogów jest niepodzielne. Dla oceny, czy w konkretnym przypadku świadczenie wykonawcy robót budowlanych jest podzielne, istotne jest również stanowisko Sądu Najwyższego, zgodnie z którym podzielność świadczenia wykonawcy zachodzi wówczas, gdy przy jego spełnianiu częściami, występują kumulatywnie dwie przesłanki. Po pierwsze, zachowany musi być bez istotnej zmiany przedmiot świadczenia, co oznacza, że poszczególne części muszą mieć wszystkie istotne właściwości całego świadczenia. Po drugie, wartość świadczenia nie może ulec istotnej zmianie (zob. uzasadnienie wyroku z 14 marca 2002 r., IV CKN 821/2000). Podzielność świadczenia w umowie o dzieło, czy umowie o roboty budowlane przyjął też Sąd Najwyższy w następujących orzeczeniach: z 19 marca 2004 r. IV CK 172/03, OSNC 2005, Nr 3, poz. 56; z 16 listopada 2005 r., V CK 350/05; z 14 listopada 2008 r., V CSK 182/08; z 4 czerwca 2009 r., III CSK 337/08; z 9 września 2011 r., I CSK 696/10; z 28 stycznia 2011 r., I CSK 315/10; z 13 marca 2013 r., IV CSK 508/12, z 30 marca 2017 r., V CSK 2[...]16; z 29 listopada 2018 r., IV CSK 378/17. Przedmiot świadczenia w postaci obiektu budowlanego jest w umowie o roboty budowlane, co do zasady niepodzielny, ale samo świadczenie może być podzielne w tym sensie, że częściami może być realizowane i rozliczane

(wyrok SN z 27 lipca 2016 r., V CSK 631/15). Takie uregulowanie stosunku umownego, które zakłada możliwość realizacji i odbioru robót etapami, z których każdy jest odrębnie częściowo finansowany wskazuje na podzielność świadczenia. W niniejszej sprawie dodatkowo przewidziano mechanizm umowny postępowania i rozliczeń na wypadek odstąpienia od umowy. Strony miały określone obowiązki: opuszczenie budowy przez wykonawcę, dostarczenie dokumentacji projektowej, doprowadzenie placu budowy do porządku i sporządzenie inwentaryzacji dotychczas wykonanych prac według stanu na dzień odstąpienia od umowy. Wskazuje to na ukształtowanie świadczeń z tej konkretnej umowy jako podzielnych, jak i przewiduje możliwość odstąpienia od niej w zakresie jej niewykonanej części. W związku z tym, odstąpienie od umowy o dzieło (odpowiednio o roboty budowlane), może wywierać skutek *ex nunc* a nie *ex tunc* (zob. wyrok SN z 9 września 2011 r., I CSK 696/10, OSP 2012, nr 7-8, poz. 78; wyrok SN z 19 września 2018 r., I CSK 578/17).

Nie można również uznać za zasadny zarzut naruszenia art. 649¹ § 1 k.c. w zw. z art. 649² § 1 k.c. w zw. z art. 649⁴ k.c. w zw. z art. 354 k.c. polegający na przyjęciu, że pozwany (powód wzajemny) skutecznie udzielił powodowi (pozwanemu wzajemnemu) gwarancji zapłaty za roboty budowlane, podczas gdy jego oświadczenie o udzieleniu gwarancji zapłaty za roboty budowlane było bezskuteczne. Zgodnie z art. 649¹ § 1 k.c.: „Gwarancji zapłaty za roboty budowlane, zwanej dalej "gwarancją zapłaty", inwestor udziela wykonawcy (generalnemu wykonawcy) w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych. Gwarancją zapłaty jest gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, a także akredytywa bankowa lub poręczenie banku udzielone na zlecenie inwestora (§ 2.). Jak stanowi art. 649⁴ § 1 k.c. jeżeli wykonawca (generalny 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.

Zarzut skarżącego sprowadza się do zakwestionowania skuteczności udzielonej akredytywy w związku z rozbieżnością pomiędzy żądaną jej treścią przez wykonawcę, a treścią udzielonej akredytywy, jej formą i językiem udzielonego zabezpieczenia. Należy zwrócić uwagę, że udzielenie akredytywy w języku

angielskim było omyłką gwaranta, która nie miała wpływu na ważność i skuteczność udzielonego zabezpieczenia. Zawarta, natomiast, w art. 85 Prawa bankowego forma pisemna jest zachowana z mocy art. 7 ust. 1 i 3 tej Ustawy oraz przepisów uchylonego już rozporządzenia Rady Ministrów z 26 października 2004 r. w sprawie sposobu tworzenia, utrwalania, przekazywania, przechowywania i zabezpieczania dokumentów związanych z czynnościami bankowymi, sporządzanych na elektronicznych nośnikach informacji, również wtedy, gdy oświadczenie banku złożone zostanie za pomocą elektronicznych nośników informacji, (obowiązującym w dacie udzielenia gwarancji, obecnie obowiązujące Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 marca 2020 r. w sprawie dokumentów związanych z czynnościami bankowymi, sporządzanych na informatycznych nośnikach danych Dz. U. z 2020, poz. 476). Tym samym samo w sobie ustanowienie gwarancji w formie innej, niż wskazał wykonawca w pisemnym żądaniu nie ma wpływu na jej ważność. Wymogi ustawowe natomiast udzielenia gwarancji zapłaty wynagrodzenia spełnia akredytywa w świetle art. 649 § 2 k.c. Akredytywa dokumentowa stanowi pisemne zobowiązanie banku, zaciągnięte w imieniu własnym, ale w ramach działania na zlecenie klienta, wobec osoby trzeciej (beneficjenta), że dokona zapłaty beneficjentowi akredytywy ustalonej kwoty pieniężnej, po spełnieniu przez beneficjenta wszystkich warunków określonych w treści oświadczenia banku (art. 85 ust. 1 Pr. bank.). Niezależnie od żądanej treści i sposobu zabezpieczenia o wyborze jednego z zabezpieczeń, które stanowić mają gwarancję zapłaty (art. 649¹ § 2 k.c.) decyduje ostatecznie inwestor. Do akredytywy zabezpieczającej stosuje się przepisy o akredytywie dokumentowej (art. 85 ust. 4 Prawa bankowego). Przepisy nie regulują treści udzielonej gwarancji zapłaty. Istotne jest, aby ustanowiona gwarancja realizowała cel ustawodawcy, dla którego została przewidziana a więc „zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych”. Jej treść wyznaczona jest funkcją, którą jest zagwarantowanie nie wszelkich roszczeń wykonawcy względem inwestora, ale wynagrodzenia i to „umówionego”, a więc w takim zakresie i wysokości, jaka wynika za stosunku podstawowego, które kreuje to wynagrodzenie. Ustawodawca łączy udzielenie gwarancji zapłaty za roboty z umową o roboty budowlane. Treść gwarancji może odzwierciedlać te elementy

zobowiązania podstawowego, które mają wpływ na zakres, wysokość oraz wymagalność wynagrodzenia, w szczególności, jeżeli wynika to z umowy pomiędzy stronami, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie. Gwarancja, czy też akredytywa jest stosunkiem nieakcesoryjnym dlatego ograniczenie celu, dla którego może być wykorzystania znajduje odzwierciedlenie w jej treści, która stosowanie kształtuje zabezpieczenie wynagrodzenia. Wynagrodzenie tzw. „umówione” powstaje po spełnieniu określonych przesłanek, których wystąpienie zmaterializowane jest poprzez wystawienie stosownych dokumentów, jak faktura, protokół odbioru świadczeń niepieniężnych, stosowne oświadczenia dotyczące odpowiedzialności inwestora za zobowiązania wykonawcy (generalnego wykonawcy). Pozwalają one na stwierdzenie faktu powstania wynagrodzenia, jego wysokości po dokonaniu ewentualnych potrąceń przewidzianych umownie, jak i stwierdzenie jego wymagalności. Wprowadzenie tych elementów nie może być poczytane za nadużycie gwarancji zapłaty, czy jej bezskuteczności w sytuacji gdy określony mechanizm ustalania i kształtowania wynagrodzenia wynika z treści stosunku podstawowego. Ocena, czy „żądana” gwarancja była uzasadniona, a udzielone zabezpieczenie spełniało funkcję gwarancji zapłaty określonego wynagrodzenia, ostatecznie będzie zależało od konkretnego stanu faktycznego i treści udzielonej gwarancji oraz praw i obowiązków stron ze stosunku podstawowego, który określa mechanizm kształtowania i wymagalności wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane.

Brak uzyskania „żądaney gwarancji zapłaty” ma miejsce w przypadku, gdy w właściwie określonym terminie inwestor nie wydał wykonawcy dokumentu gwarancji, jak i w sytuacji, w której gwarancja została ustanowiona i wydana, jednakże jej treść wykracza poza jej ramy, i funkcje jakie pełni okolicznościach konkretnej sprawy.

Żądanie i ustanowienie gwarancji zapłaty (na pierwsze żądanie, bezwarunkowo i nieodwołalnie), bez jakichkolwiek warunków, czy też zawężenia jej do wynagrodzenia umówionego może być w konkretnych okolicznościach potraktowane jako nadużycie zabezpieczenia i daje możliwość jego realizacji z pominięciem funkcji, którą nadał jej ustawodawca w art. 649¹ § 1 k.c. Może mieć to miejsce zwłaszcza wtedy, gdy dotychczasowa współpraca stron i ogół

okoliczności nie wskazywały na jakiegokolwiek zagrożenie płatności wynagrodzenia ze strony inwestora. Ustanowione warunki akredytywy dokumentowej, w sprawie niniejszej, miały swoją podstawę w mechanizmie kształtowania wynagrodzenia wynikającego z postanowień § 3.4 oraz § 7.5 Umowy. W kontekście charakteru abstrakcyjnego zobowiązania z akredytywy, płatnej na pierwsze żądanie, bezwarunkowo, złagodzenie tak surowej odpowiedzialności może się wiązać ze swoistym akcesoryjnym związaniem mechanizmu wypłaty akredytywy (przedstawienia dokumentów) wynikających ze stosunku podstawowego, tak aby ona mogła realizować cel nadany jej przez ustawodawcę i by nie prowadziła do nadużycia tego instrumentu ze strony beneficjenta.

Nie można także uznać za zasadny zarzutu naruszenia art. 649² § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 65 § 1 k.c. i w efekcie przyjęcie, że oświadczenie pozwanego (powoda wzajemnego) datowane na dzień 20 września 2013 r., złożone drugiej stronie w dniu 23 września 2013 r. nie miało charakteru bezskutecznego pomimo, że wywołane zostało żądaniem powoda (pozanego wzajemnego) przedstawienia gwarancji zapłaty. Zgodnie z art. 649² § 1 k.c. nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa wykonawcy (generalnego wykonawcy) do żądania od inwestora gwarancji zapłaty. W takiej sytuacji odstąpienie inwestora od umowy spowodowane żądaniem wykonawcy (generalnego wykonawcy) przedstawienia gwarancji zapłaty jest bezskuteczne (§2). W niniejszej sprawie gwarancja zapłaty została wykonawcy udzielona. Inwestor nie odstąpił od umowy w związku z żądaniem udzielenia gwarancji. Jak uzasadnił to Sąd Apelacyjny powodem odstąpienia było pozostawanie w opóźnieniu, co do wykonania umowy przez wykonawcę. Z ustaleń faktycznych którymi Sąd Najwyższy jest związany wynikało, że w sprawie wykonawca w sposób oczywisty opóźniał się ze spełnieniem swojego świadczenia. Jednocześnie przyczyny takiego stanu rzeczy leżały po jego stronie. Istniały zatem podstawy do odstąpienia od umowy w świetle art. 635 k.c. co było przedmiotem analizy Sądu drugiej instancji. W rezultacie jeżeli przesłanki te wystąpiły nie można było uznać, że nastąpiło skuteczne odstąpienie powoda od umowy.

Sąd Odwoławczy ustalił, że zamawiający wstrzymywał się z decyzją o odstąpieniu od umowy przez prawie trzy miesiące od umownego terminu

zakończenia prac. Jeżeli pobudką (impulsem) do realizacji tego prawa były podjęte działania oraz zapowiedzi wykonawcy odstąpienia od umowy z uwagi na nieskuteczne, jego zdaniem, udzielenie zabezpieczenia, w tak ustalonych okolicznościach sprawy, oceny tej nie zmienia. Sądy obu instancji ustaliły, że zamawiający współpracował z wykonawcą, na bieżąco regulował swoje należności, niekiedy przed terminem, na żądanie wykonawcy ustanowił też zabezpieczenie w postaci akredytywy dokumentowej, którego treść kwestionował skarżący. Nie zmienia to faktu, że żądanie ustanowienia zabezpieczenia zostało spełnione, a pozwany nie odstąpił od umowy w następstwie żądania udzielenia gwarancji zapłaty, co stanowi podstawę do uznania odstąpienia od umowy za bezskuteczne (art. 649² § 2 k.c.). W okolicznościach sprawy nie pojawiło się ryzyko niewypłacalności zamawiającego, czy też ryzyko braku zapłaty z jego strony. W sprawie nałożyły się przesłanki do odstąpienia od umowy z innymi okolicznościami, w tym żądaniem gwarancji, które sprowadzało się do zapłaty na każde żądanie, bez jakiegokolwiek związania gwarancji z ustawowym wymogiem zabezpieczenia wyłącznie wynagrodzenia wykonawcy. Okoliczności te nie powodują bezskuteczności oświadczenia o odstąpieniu od umowy na podstawie art. 635 k.c. Z tych powodów zarzutu tego nie można uznać za skuteczny.

Nie można też uznać za zasadny zarzutu naruszenia przepisu art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji uznanie, że pozwany (powód wzajemny) w żaden sposób nie przyczynił się do opóźnienia w wykonaniu robót budowlanych. W istocie zarzut ten kwestionuje dokonane ustalenia faktyczne, którymi Sąd Najwyższy jest związany. Wynikało z nich, że Skarżący jako przyczynienie się pozwanego powodujące nie wykonanie robót w terminie, traktował jego wystąpienie o zmianę decyzji o pozwoleniu na budowę. Pomimo tej okoliczności prace objęte zmianą pozwolenia zostały wykonane w terminie umownym (przed 30 czerwca 2013 r.), co przyznał sam skarżący. Z ustaleń faktycznych wynika, że niewykonane w terminie roboty budowlane nie były, bowiem, objęte decyzją o zmianie pozwolenia na budowę. Brak więc, było, związku przyczynowego pomiędzy tą okolicznością, a nieterminowym wykonaniem prac. Dokonując ustaleń faktycznych Sąd Apelacyjny uznał, że przyczyny w opóźnieniu

wykonania robót budowlanych leżały po stronie wykonawcy (skarżącego), a związane były, w szczególności, z jego problemami finansowymi, brakiem wykonywania przez niego płatności podwykonawcom, których roszczenia zaspakajał inwestor, czy też niedostatkami należytej koordynacji robót przez podwykonawców.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia przepisu art. 484 § 2 k.c. poprzez odstąpienie od miarkowania kar umownych żądanych przez pozwanego (powoda wzajemnego. Art. 484 § 2 k.c. wprost wskazuje, że sąd może zmiarkować karę umowną, ale wyłącznie na wniosek dłużnika. Brak jest podstaw do tego, by Sąd w takim przypadku działał z urzędu. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wypowiedziano pogląd, że wniosek strony o takie miarkowanie, powinien być złożony wprost, ewentualnie wniosek o miarkowanie, można wyinterpretować z okoliczności podnoszonych przez stronę w procesie. Dłużnik, zwłaszcza reprezentowany przez zawodowego pełnomocnika procesowego w sprawie pomiędzy przedsiębiorcami, powinien sformułować wniosek o miarkowanie kary umownej w sposób wyraźny, ze wskazaniem, na której przesłance opiera żądanie, oraz w jaki sposób je motywuje (zob. wyroki Sądu Najwyższego z: 15 grudnia 2021 r., II CSKP 164/21; 12 lutego 2015 r., IV CSK 276/14; 26 listopada 2008 r., III CSK 168/08; 16 kwietnia 2010 r., IV CSK 494/09; 8 marca 2013 r., III CSK 193/12). Dłużnik powinien nie tylko zgłosić wniosek o obniżenia kary umownej, ale także przytoczyć fakty i dowody na jego poparcie, dając tym samym wierzycielowi możliwość zwalczania tego żądania pozwanego w toku postępowania (zob. wyrok SN z 6 lutego 2008 r., II CSK 421/07). Sądy nie analizowały kwestii miarkowania, wobec braku stosownego żądania procesowego, wniosku skarżącego o miarkowanie, czy braku podniesienia zarzutu apelacyjnego w tym zakresie.

Bezzasadny jest także zarzut naruszenia art. 6 k.c. w zw. z 647¹ § 1 k.c. poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie oraz przyjęcie, że na pozwanej nie ciążył obowiązek udowodnienia zakresu umowy łączącej powódkę z podwykonawcami oraz brak wykazania w świetle przesłanek określonych w przepisie art. 647¹ k.c. W istocie zarzut dotyczył ustaleń faktycznych i rozkładu ciężaru dowodu, co do okoliczności dotyczących S. podmiotów jako jej podwykonawców. Zarzut ten jest niezrozumiały. Powód nie kwestionował

okoliczności, że podmioty, na rzecz których nastąpiły wypłaty były jego podwykonawcami. Nie były też sporne kwoty wypłacone przez pozwanego, daty tych płatności, czy zasadność ich wypłaty. Okoliczności niesporne nie podlegają dowodzeniu, a co za tym idzie nie powstaje problem rozkładu ciężaru dowodowego w takiej sytuacji.

Z tych wszystkich względów, brak uzasadnionych podstaw skargi kasacyjnej, skutkował jej oddaleniem (art. 398¹⁴ k.p.c.).

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z § 10 ust. 4 pkt 2 w zw. z § 2 pkt 9 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U.2018.265 t.j. z dnia 30 stycznia 2018 r.).

[as]