



Sygn. akt IV CSK 537/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 listopada 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Anna Kozłowska (przewodniczący)

SSN Monika Koba

SSN Katarzyna Tyczka-Rote (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa O. Spółki Akcyjnej z siedzibą w M. (Hiszpania)
przeciwko Gminie Miasta G.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 13 listopada 2020 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 24 września 2018 r., sygn. akt I AGa (...),

**oddala skargę kasacyjną i zasądza od powoda na rzecz
pozwanej kwotę 7500 (siedem tysięcy pięćset) zł tytułem kosztów
postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Powód – O. S.A. w M. (dalej - O.H.L.) wniósł o zasądzenie od Gminy Miasta G. kwoty 4 781 088,04 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztami procesu tytułem odszkodowania za szkodę wyrządzoną mu nieprawidłowym zrealizowaniem przez pozwaną gwarancji zabezpieczającej prawidłowe wykonanie kontraktu. Żądane odszkodowanie obejmowało zwrot kwoty nienależnie pobranej przez pozwaną od gwaranta z tytułu gwarancji bankowej ustanowionej na zlecenie powoda.

Sąd Okręgowy w G. uwzględnił powództwo nakazem zapłaty z dnia 22 marca 2016 r., wydanym w postępowaniu upominawczym.

W sprzeciwie od nakazu pozwana Gmina wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda kosztów procesu, argumentując, że była uprawniona do wykorzystania gwarancji bankowej.

W toku postępowania powód rozszerzył powództwo o dalszą kwotę 52 610,10 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia zgłoszenia tego roszczenia do dnia zapłaty z tytułu odszkodowania za pozostałe szkody (koszty), jakie poniósł podejmując czynności mające na celu zabezpieczenie i dochodzenie roszczeń od pozwanej, która odmówiła dobrowolnego zwrotu nienależnie pobranego świadczenia.

Wyrokiem z dnia 30 stycznia 2017 r. Sąd Okręgowy w G. zasądził od pozwanej na rzecz powoda równowartość kwoty otrzymanej przez nią w wyniku realizacji gwarancji bankowej, natomiast z kwoty żądanej w ramach rozszerzonego powództwa przyznał mu 21 659,90 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 13 czerwca 2016 r. do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałym zakresie.

Zgodnie z ustaleniami Sądu pierwszej instancji pozwana Gmina, po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, zawarła w dniu 11 marca 2011 r. umowę o roboty budowlane na wykonanie inwestycji pn.: „Połączenie Portu Lotniczego z portem Morskim G. – T. Zadanie II, Odcinek ul. (...) - Al. (...)”. Wykonawcami były cztery

podmioty działające w ramach konsorcjum: powodowy O.H.L., H. S.A. w W., P(...) S.A. w W. oraz A. S.A. w W. W umowie (subklauzula 4.2.) konsorcjanci zobowiązali się do wniesienia zabezpieczenia wykonania umowy w wysokości 10% zaakceptowanej kwoty umownej brutto. W wykonaniu tego obowiązku powód przedłożył pozwanej wystawioną na jego zlecenie gwarancję bankową należytego wykonania umowy z dnia 10 marca 2011 r., udzieloną przez D. S.A. (gwaranta). Pierwotnie suma gwarancyjna wynosiła 7 951 950 zł., następnie w drodze aneksu z dnia 25 stycznia 2013 r. została podwyższona do 15 921 039,12 zł.

Kolejna zmiana wprowadzona została aneksem z dnia 11 grudnia 2013 r. - od dnia 12 grudnia 2015 r. sumę gwarancyjną obniżono do 4 776 311,73 zł. Zabezpieczenie miało wygasnąć w dniu 16 lutego 2016 r. Obniżenie sumy gwarancyjnej związane było z wystawieniem wykonawcy kontraktu w dniu 6 lutego 2013 r. świadectwa przejęcia robót, potwierdzającego należyte wykonanie robót budowlanych, z zastrzeżeniem drobnych prac i zaległych wad, niemających wpływu na użycie wykonanych robót do zamierzonego celu i realizowało postanowienia umowy i art. 151 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „p.z.p.”).

Oddzielną gwarancję przekazał pozwanej inny członek konsorcjum - H. S.A.

Pozwanej jako beneficjentce gwarancji bankowej przedłożonej przez powoda przyznano w umowie uprawnienie do żądania na jej podstawie wypłaty w czterech przypadkach, tj. w razie:

- 1) nieprzedłużenia przez powoda ważności gwarancji na 30 dni przed upływem jej ważności lub niedostarczenia przed tym terminem gwarancji na okres i w wysokości wskazanej w umowie;
- 2) niezapłacenia przez powoda pozwanej kwoty należnej, uzgodnionej lub określonej zgodnie z postanowieniami umowy, w terminie 30 dni od uzgodnienia lub określenia;
- 3) nienaprawienia przez wykonawcę uchybienia w ciągu 30 dni od otrzymania od pozwanej powiadomienia wymagającego, aby to uchybienie było naprawione;

4) zaistnienia okoliczności, które uprawniały pozwaną do odstąpienia od umowy.

Gwarancja udzielona przez (...) Bank S.A. została potwierdzona przez (...) Bank E. (regwaranta), regwarancją na kwotę 7 951 950 zł.

Spór między stronami powstał w wyniku zażądania i otrzymania przez pozwaną świadczenia z gwarancji bankowej ustanowionej na wniosek powoda, do czego doszło w następujących okolicznościach.

Jeden z konsorcjantów – H. S.A. - zawarł umowę podwykonawczą o roboty budowlane z V. S.A., powierzając mu część prac objętych umową łączącą go z pozwaną. Nie uiścił jednak podwykonawcy za te roboty części wynagrodzenia, co spowodowało skierowanie przez podwykonawcę - na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. - powództwa o zapłatę kwoty 5 810 121,49 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie przeciwko pozwanej - jako inwestorowi.

Sąd Okręgowy w G. uwzględnił to powództwo wyrokiem z dnia 10 marca 2013 r. w zakresie kwoty 5 708 837,10 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 5 czerwca 2012 r. do dnia zapłaty i kosztami procesu w wysokości 107 217 zł. Dalej idące żądania oddalił. Apelację pozwanej od tego wyroku oddalił Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 10 kwietnia 2014 r., obciążając ją kosztami postępowania apelacyjnego. Pozwana zapłaciła podwykonawcy zasądzone świadczenia 17 kwietnia 2014 r.

W dniu 15 stycznia 2016 r. pozwana wystąpiła do gwaranta - (...) Bank S.A. o wypłatę sumy gwarancyjnej w wysokości 4 776 311,73 zł, powołując się ogólnie na niewykonanie przez konsorcjum wykonawcze zobowiązań umownych. W toku postępowania w niniejszej sprawie przyznała, że jej żądanie miało na celu zaspokojenie uszczerbku spowodowanego zaspokojeniem przez nią wierzytelności podwykonawcy.

Powód zakwestionował uprawnienie pozwanej do wykorzystania gwarancji w celu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy i złożył wniosek o zabezpieczenie powództwa przeciwko pozwanej o ustalenie, że nie jest ona uprawniona do realizacji lub skorzystania z praw z gwarancji. Sąd Okręgowy w G. uwzględnił wniosek o zabezpieczenie zakazując pozwanej - do czasu prawomocnego

zakończenia sporu - podejmowania czynności zmierzających do zaspokojenia się, realizacji lub skorzystania z gwarancji, w szczególności pobierania lub przyjmowania uzyskanych w ten sposób środków pieniężnych.

Gwarant wypłacił jednak pozwanej przed wydaniem tego postanowienia żadaną kwotę 4 776 311,73 zł, pobrał też kwotę 4 776,31 zł (tytułem opłat związanych z roszczeniem). Środki na ten cel pochodziły z rachunku bankowego powoda. Wypłata spowodowała rezygnację przez powoda z toczenia sporu o ustalenie i wytoczenie niniejszego powództwa o zapłatę odszkodowania.

Sąd Okręgowy podzielił stanowisko powoda, że pozwana nie była uprawniona do zgłoszenia żądania wypłaty świadczenia z gwarancji bankowej w celu zaspokojenia swojego roszczenia o naprawienie szkody wynikłej z zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, wobec czego powodowi przysługiwało wobec niej roszczenie o odszkodowania za szkody spowodowane uruchomieniem gwarancji. Umowną podstawę tego roszczenia stanowiła subklauzula 4.2 umowy z dnia 11 marca 2011 r., przewidująca, że zamawiający zapłaci wykonawcy odszkodowanie i przejmie od niego odpowiedzialność materialną w związku z wszystkimi odszkodowaniami, stratami i wydatkami (włącznie z opłatami sądowymi i innymi wydatkami prawnymi) wynikłymi z żądania na podstawie zabezpieczenia wykonania w zakresie, w jakim zamawiający nie był uprawniony do zgłoszenia tego żądania.

Sąd Okręgowy przeanalizował postanowienia umowne i uznał, że pozwana mogła wykorzystać gwarancję prawidłowego wykonania umowy jedynie do zaspokojenia roszczeń wskazanych w katalogu zawartym w subklauzuli 4.2., który nie obejmował rozliczeń za zapłatę podwykonawcy dokonaną na podstawie art. 47¹ § 5 k.c. Ponadto w chwili wystąpienia przez nią o wypłatę świadczenia gwarancyjnego jej uprawnienie było dodatkowo ograniczone ze względu na fazę procesu inwestycyjnego i obejmowało już tylko możliwość zaspokojenia z gwarancji bankowej roszczeń objętych odpowiedzialnością wykonawcy z rękojmi i gwarancji jakości. Ograniczenie to wynikało nie tylko z umowy, ale także z art. 151 ust. 2 p.z.p..

Sąd zwrócił również uwagę, że obowiązkiem umownym pozwanej, poprzedzającym wystąpienie o świadczenie do gwaranta, było przeprowadzenie z

powodem procedury uzgodnienia lub określenia roszczenia, gdyż podstawą uprawniającą do żądania wypłaty gwarancji było niezapłacenie przez wykonawcę zamawiającemu kwoty należnej, uzgodnionej lub określonej zgodnie z postanowieniami umowy, w terminie 30 dni od jej uzgodnienia lub określenia. Pozwana jednak nie powiadomiła powoda o procesie wytoczonym jej przez podwykonawcę ani o swoich roszczeniach wynikłych z wykonania zapadłego w nim wyroku zasądzającego, nie wezwała go też do zapłaty, wobec czego jej roszczenie nie było ani uzgodnione, ani określone, nie było nawet wymagalne.

W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, że wprowadzie powód - na podstawie postanowień umowy - odpowiadał względem pozwanej solidarnie z pozostałymi konsorcjantami za nienależyte wykonanie umowy przez H. S.A. (niezapłacenie wynagrodzenia podwykonawcy), jednak pozwana nie była upoważniona do zaspokojenia swojej wierzytelności odszkodowawczej z gwarancji bankowej. Dokonując tej czynności naruszyła umowę, za co ponosiła odpowiedzialność odszkodowawczą na podstawie umownej subklauzuli 4.2. Sąd stanął na stanowisku, że abstrakcyjny charakter gwarancji nie stanowił podstawy do uwolnienia pozwanej od odpowiedzialności odszkodowawczej, skoro swobodę wykorzystania przez nią gwarancji ograniczała umowa, która przewidywała też odpowiedzialność beneficjenta gwarancji za szkodę powstałą w wyniku zgłoszenia nieuprawnionego żądania.

Za szkodę powoda Sąd uznał przejęcie przez pozwaną jego środków pieniężnych w kwocie 4 781 088,04 zł oraz obciążenie go opłatami bankowymi związanymi z realizacją gwarancji, a także poniesienie przez niego kosztów pomocy prawnej związanych z przygotowaniem i złożeniem pozwu w niniejszej sprawie. Jako podstawę prawną zasądzenia tak obliczonego odszkodowania i odsetek za opóźnienie w jego spełnieniu Sąd Okręgowy wskazał subklauzulę 4.2. umowy z dnia 11 marca 2011 r. oraz art. 471 k.c., a także art. 481 i 482 k.c.

Sąd Okręgowy oddalił natomiast powództwo w zakresie roszczenia o zapłatę kwoty 30 950,20 zł, odpowiadającej kosztom poniesionym przez powoda w związku z przygotowaniem i złożeniem wniosku o zabezpieczenie roszczenia i uzyskaniem tytułu zabezpieczającego, uznając te wydatki za zbędne i niecelowe.

Pozwana w apelacji od wyroku Sądu Okręgowego zgłosiła szereg zarzutów, w tym zarzut potrącenia, który - jako jedyny - został uwzględniony przez Sąd Apelacyjny w (...). Sąd ten wyrokiem z dnia 24 września 2018 r. zmienił wyrok Sądu Okręgowego w punktach pierwszym i drugim odpowiednio przez oddalenie powództwa o zapłatę kwoty 4 781 088,04 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 7 marca 2016 r. do dnia zapłaty oraz powództwa o zapłatę kwoty 21 659,90 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 13 czerwca 2016 r. do dnia zapłaty, a także orzeczenie o kosztach procesu, którymi powód nie został obciążony.

Sąd odwoławczy przeprowadził zawnioskowany przez pozwaną w apelacji dowód z datowanego na 5 lipca 2017 r. wezwania powoda do zapłaty i oświadczenia o potrąceniu z dnia 30 maja 2017 r., która to czynność i oświadczenie zostały dokonane po wydaniu wyroku Sądu Okręgowego i nie mogły zostać powołane w postępowaniu pierwszoinstancyjnym.

Sąd Apelacyjny oparł swoje rozstrzygnięcie na podstawie faktycznej przyjętej przez Sąd Okręgowy, uzupełnionej - na podstawie dowodu z dokumentów zawnioskowanych w apelacji - ustaleniem, że pozwana w dniu 5 lipca 2016 r. w odpowiedzi na wniosek powoda o zawezwanie jej do próby ugodowej, zakwestionowała jego roszczenie co do zasady i wysokości, ale jednocześnie wezwała go do zapłaty w terminie 7 dni (nie później niż do dnia 6 kwietnia 2017 r.) „pozostalej części niezaspokojonej wierzytelności z tytułu płatności dokonanej na rzecz V. S.A.”, której wysokość - 5 396 671,72 zł - podała w piśmie doręczonym mu w dniu 30 marca 2017 r. Żądana kwota stanowiła różnicę między sumą zasądzoną prawomocnym wyrokiem i zapłaconą na rzecz V. S.A. w dniu 17 kwietnia 2014 r. (7 208 154,09 zł), a kwotą 1 811 482,37 zł, otrzymaną przez pozwaną na poczet jej wierzytelności na podstawie gwarancji należytego wykonania umowy wystawionej przez (...) Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. na zlecenie H. S.A. (konsorcjanta, którego podwykonawcę zaspokoila).

Następnie - pismem z dnia 30 maja 2017 r. - pozwana złożyła powodowi oświadczenie o potrąceniu jego wierzytelności, zasądzonej zaskarżonym wyrokiem

Sądu Okręgowego w G. z dnia 30 stycznia 2017 r. (należności głównej wraz z odsetkami), z określoną w powyższy sposób wierzytelnością pozwanej.

Dokonując oceny prawnej uzupełnionych ustaleń Sąd Apelacyjny zbadał, czy zostały spełnione przesłanki skutecznego potrącenia wzajemnych wierzytelności. Uznał, że powód ponosi wobec pozwanej odpowiedzialność za to, że inny konsorcjant nie wykonał umowy i nie zapłacił wynagrodzenia swojemu podwykonawcy, co spowodowało obciążenie pozwanej obowiązkiem zaspokojenia tego podwykonawcy, ponieważ zapłata wynagrodzenia przez członków konsorcjum na rzecz podwykonawców stanowiła ich zobowiązanie ujęte w umowie łączącej ich z pozwaną. Zgodnie z subklauzulą 1.14 warunków umownych w przypadku, gdy wykonawca jest nie posiadającym osobowości prawnej ugrupowaniem dwóch lub więcej podmiotów, którym wspólnie udzielono zamówienia (konsorcjum), podmioty te ponoszą solidarną odpowiedzialność względem zamawiającego za wykonanie przedmiotu umowy oraz wypełnienie wszystkich zobowiązań. Przy tym według subklauzuli 4.4 wykonawca, a więc wszyscy członkowie konsorcjum, ponosili pełną odpowiedzialność za działania lub uchybienia każdego podwykonawcy, jego przedstawicieli lub pracowników, tak jakby były to działania lub uchybienia wykonawcy. W stosunku do zamawiającego każdy członek konsorcjum był więc odpowiedzialny za wszystkich podwykonawców. Z kolei na podstawie art. 141 p.z.p. każdy z wykonawców ponosił solidarną odpowiedzialność wobec zamawiającego za należyte wykonanie umowy. W ocenie Sądu odwoławczego oznaczało to, że niezapłacenie wynagrodzenia przez H. S.A. jej podwykonawcy, które spowodowało zasądzenie i zapłatę tego wynagrodzenia przez pozwaną na mocy art. 647¹ § 5 k.c., uzasadnia solidarną odpowiedzialność wszystkich członków konsorcjum wobec pozwanej (zamawiającej) za roszczenia odszkodowawcze związane z nienależytym wykonaniem umowy przez jednego z konsorcjantów. Pozwana mogła więc żądać całego odszkodowania od powoda na podstawie art. 366 § 1 k.c., gdyż w sprawie nie znajdował zastosowania art. 376 § 1 zdanie drugie k.c., bowiem członkowie konsorcjum na mocy umowy zawartej z pozwaną i przepisów prawa zamówień publicznych odpowiadali wobec pozwanej solidarnie za nienależyte wykonanie umowy (art. 471 k.c.). Był to inny, odszkodowawczy rodzaj odpowiedzialności, który należało odróżnić od solidarnej odpowiedzialności wykonawcy i inwestora wobec

podwykonawcy, przewidzianej w art. 647¹ § 5 k.c. i ewentualnego roszczenia regresowego inwestora wobec wykonawcy, po zaspokojeniu roszczeń jego podwykonawcy.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że wierzytelność pozwanej z tytułu odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy (5 396 671,72 zł) przewyższała kwotę zasądzoną od niej na rzecz powoda przez Sąd Okręgowy w G. wraz z odsetkami za okresy do dnia 6 kwietnia 2017 r., kiedy potrącenie stało się możliwe (wierzytelność odszkodowawcza pozwanej była od tego dnia wymagalna na skutek wezwania powoda do zapłaty), ponieważ wynosiła łącznie 5 166 165,45 zł (tj. sumę zasądzonych kwot: 4 781 088,04 zł + 362 183,79 zł odsetek ustawowych za opóźnienie w jej zapłacie za okres od 7 marca 2016 r. do 6 kwietnia 2017 r. + kwotę 21 659,90 zł + 1 233,72 zł odsetek ustawowych za opóźnienie w zapłacie tej kwoty za okres od 13 czerwca 2016 r. do 6 kwietnia 2017 r.). Sąd Apelacyjny wskazał, że wskutek potrącenia obie wierzytelności umorzyły się do wysokości wierzytelności niższej (5 166 165,45 zł), co spowodowało, że dochodzone w niniejszej sprawie roszczenie powoda do pozwanej o zapłatę odszkodowania wygasło w całości. W konsekwencji zmienił zaskarżone orzeczenie i oddalił powództwo uwzględnione przez Sąd Okręgowy.

Skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego wniósł powód, który zaskarżył ten wyrok w części - w zakresie punktów I.1 i I.2, powołując wyłącznie podstawę naruszenia prawa materialnego (art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c.).

Skarżący zarzucił niezastosowanie art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (jedn. tekst: Dz.U. z 2018, poz. 2187 ze zm. - dalej „pr.bank.”) w związku z art. 921¹ k.c. oraz nieprawidłowe zastosowanie art. 498 § 1 i § 2 k.c., czego skutkiem było uwzględnienie zarzutu potrącenia, mimo że wierzytelność przedstawiona przez pozwaną do potrącenia nie istniała w dniu złożenia oświadczenia o potrąceniu.

Jako zarzut ewentualny skarżący podniósł niezastosowanie art. 5 k.c. w zw. z art. 498 § 1 oraz § 2 k.c., prowadzące do wadliwego uznania, że złożenie oświadczenia o potrąceniu po wydaniu wyroku przez Sąd pierwszej instancji i

zgłoszenie zarzutu potrącenia dopiero w apelacji nie stanowiło nadużycia prawa podmiotowego.

We wnioskach skarżący domagał się uchylenia zaskarżonego wyroku w części - w zakresie pkt I.1, w którym Sąd oddalił powództwo co do kwoty 4 781 088,04 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 7 marca 2016 r. do dnia zapłaty oraz w zakresie punktu I.2., w którym Sąd oddalił powództwo co do kwoty 21 659,90 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 13 czerwca 2016 r. do dnia zapłaty oraz orzeczenie co do istoty sprawy przez oddalenie apelacji i zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

Wniosek ewentualny dotyczył uchylenia zaskarżonego wyroku we wskazanej części i przekazania sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...) wraz z pozostawieniem temu Sądowi orzeczenia o kosztach postępowania przed Sądem Najwyższym. W odpowiedzi na skargę kasacyjną powoda pozwana wniosła o oddalenie tej skargi w całości oraz o zasądzenie od powoda na jej rzecz kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Podstawowe zarzuty skarżącego zasadzają się na twierdzeniu, że Sąd Apelacyjny wadliwie przyjął istnienie wzajemnej wierzytelności pozwanej w chwili złożenia przez nią powodowi oświadczenia o potrąceniu, ponieważ w tym czasie wierzytelność ta nie istniała, gdyż wygasła na skutek jej zaspokojenia w drodze wypłaty pozwanej środków z gwarancji bankowej ustanowionej na wniosek powoda. Zdaniem powoda umowę gwarancji bankowej można potraktować jako odmianę przekazu uregulowanego w art. 921¹ i n. k.c., wyróżniając pomiędzy podmiotami występującymi w stosunku gwarancji stosunek podstawowy (stosunek waluty) między beneficjentem gwarancji a dłużnikiem zobowiązanym do wykonania świadczenia zabezpieczonego gwarancją; stosunek zlecenia gwarancji, odpowiadający stosunkowi pokrycia - łączący bank udzielający gwarancji z dłużnikiem stosunku podstawowego oraz stosunek gwarancji bankowej łączący bank gwaranta i beneficjenta gwarancji - pełniący rolę stosunku zapłaty.

Powód wskazał, że jedną z konsekwencji zastosowania do gwarancji reguł dotyczących przekazu jest wygaśnięcie długu dłużnika względem beneficjenta gwarancji na skutek wypłacenia beneficjentowi przez gwaranta kwoty gwarancji, bowiem spełnienie świadczenia przez przekazanego na rzecz odbiorcy przekazu następuje na podstawie upoważnienia udzielonego gwarantowi przez dokonującego przekazu. Gwarant w tym stosunku zajmuje pozycję przekazanego, który - świadcząc na rzecz odbiorcy przekazu - spełnia świadczenie tak, jakby było spełnione przez przekazującego. Zdaniem skarżącego, Sąd Apelacyjny winien więc być przyjąć, że dokonana przez gwaranta w dniu 15 stycznia 2016 r. wypłata kwoty gwarancji zaspokoila roszczenie pozwanej względem powoda o naprawienie szkody wywołanej zapłatą na rzecz V. S.A. i wygasila tę wierzytelność. Powód podkreślił, że świadczenie z gwarancji nadal pozostaje w majątku pozwanej, wobec czego przyjęcie, że pozwanej przysługuje wierzytelność o wypłatę odszkodowania w związku z nienależytym wykonaniem wobec niej umowy przez konsorcjum jest kuriozalne.

Rozpatrzenie tego zarzutu wymaga analizy powiązanych ze sobą funkcjonalnie stosunków prawnych, z których wynikają roszczenia obu stron, stanowiące przedmiot potrącenia. Na etapie postępowania kasacyjnego skarżący kwestionuje bowiem istnienie swojego zobowiązania wzajemnego z zupełnie innych podstaw prawnych niż czynił to dotychczas. Powołuje się na konstrukcję przekazu z art. 921¹ k.c., zgodnie z którym ten, kto przekazuje drugiemu (odbiorcy przekazu) świadczenie osoby trzeciej (przekazanego), upoważnia tym samym odbiorcę przekazu do przyjęcia, a przekazanego do spełnienia świadczenia na rachunek przekazującego. Przepis ten stanowi, jego zdaniem, podstawę stwierdzenia, że roszczenie powoda wygasło na skutek zaspokojenia go z gwarancji bankowej ustanowionej na wniosek powoda i wykorzystanej przez pozwaną.

Już *prima facie* można wskazać, że powołany przez skarżącego art. 921¹ k.c. nie określa skutków zastosowania w rozliczeniach uproszczonego sposobu zaspokojenia zobowiązań, stanowiącego istotę przekazu. Wyjaśnia jedynie konstrukcję tej metody spełnienia świadczenia, opartą na udzieleniu przez przekazującego dwóch upoważnień. Pierwsze kierowane jest do przekazanego (podmiotu pośredniczącego w zaspokojeniu odbiorcy przekazu) i uprawnia go do

spełnienia świadczenia na rzecz odbiorcy, jednak nie na własny rachunek, lecz na rachunek przekazującego. Drugie upoważnienie kierowane jest do odbiorcy przekazu, który może na jego podstawie przyjąć świadczenie od przekazanego, traktując je jako spełnione przez przekazującego. Przepis ten nie daje więc podstawy do wniosku, że każde świadczenie spełnione na podstawie upoważnień skierowanych przez dłużnika (przekazującego) do podmiotu pośredniczącego oraz do odbiorcy prowadzi do wygaśnięcia zobowiązania. Taki skutek przewiduje wprawdzie art. 921⁵ k.c., jednak przepis ten nie został wskazany jako naruszony w zarzutach skargi kasacyjnej.

Zarzut naruszenia art. 921¹ k.c. nie może zostać uwzględniony także z przyczyn merytorycznych, wątpliwa jest bowiem dopuszczalność jego zastosowania w rozpatrywanej sprawie. Przekaz powszechnie uznawany jest za instrument o charakterze technicznym, umożliwiający uproszczenie rozliczeń między przynajmniej trzema podmiotami, w ten sposób, że do spełnienia swojego świadczenia dłużnik upoważnia inną osobę, upoważnia też swojego wierzyciela do przyjęcia świadczenia od tej osoby jako spełnionego przez dłużnika (na rachunek dłużnika), przy czym spełnienie tego świadczenia jest jednocześnie wykonaniem zobowiązania osoby pośredniczącej względem dłużnika ze stosunku podstawowego. Sposób realizacji rozliczenia pośredniego kształtowany jest wolą stron, przepisy art. 921¹ k.c. i nast. są bowiem dyspozytywne. Konieczne jest więc w każdym wypadku rozważenie, czy w danym układzie stosunków prawnych zamiarem podmiotów uczestniczących w rozliczeniu, było włączenie przekazu w kształcie przewidzianym w powołanych przepisach, czy też swoje rozliczenia ukształtowały w formie zmodyfikowanej przez konkretne postanowienia umowne. Przekaz, jako powiązanie dwóch upoważnień kierowanych do różnych podmiotów nie tworzy stosunku prawnego, ten powstaje dopiero w wyniku przyjęcia i realizacji jednobrzmiących upoważnień przez ich adresatów i wówczas jego ustawowo przewidzianym skutkiem powinno być wygaśnięcie zobowiązania ze stosunku podstawowego, zazwyczaj powiązane z realizacją świadczenia ze stosunku pokrycia.

Mimo więc, że w orzecznictwie akceptuje się stosowanie abstrakcyjnej konstrukcji przekazu także do rozliczeń dokonywanych z udziałem banku, jako

zobowiązanego z tytułu gwarancji bankowej (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 września 2015 r., I CSK 524/15, niepubl.), w każdym wypadku należy poddać ocenie sposób ukształtowania tej formy uproszczonego rozliczenia w konkretnych okolicznościach, przede wszystkim uwzględniając treść stosunków prawnych, w których realizację miał zostać włączony i przedmiot upoważnień udzielonych przez przekazującego.

W rozpatrywanej sprawie nie budzi wątpliwości, że zakres upoważnienia udzielonego przez powoda bankowi w ramach umowy zlecenia gwarancji bankowej, zabezpieczającej prawidłowe wykonanie umowy, nie pokrywał się z zakresem upoważnienia pozwanej do realizacji swoich roszczeń z tej gwarancji.

Gwarancja bankowa ustanowiona została w dniu 10 marca 2011 r., jeszcze przed zawarciem umowy między pozwaną a konsorcjantami. Jej podstawę prawną stanowił art. 81 pr. bank. Celem jej ustanowienia było zabezpieczenie należytego wykonania umowy o roboty budowlane zawartej następnego dnia. Zabezpieczenie wnosił powód. W gwarancji (...) Bank S.A. w W. zobowiązywał się wobec pozwanej do nieodwołalnego i bezwarunkowego zapłacenia na jej rzecz każdej kwoty do wysokości ustalonego limitu na jej pierwsze pisemne żądanie stwierdzające, że wykonawca nie wypełnił swoich umownych zobowiązań. Treść obowiązku gwaranta nie mogła zostać zmieniona w drodze jakiegokolwiek modyfikacji umowy zabezpieczonej gwarancją.

Rozpatrując zobowiązanie gwaranta w kategoriach stosunków składających się na przekaz, uznać je należałoby za stosunek pokrycia, określający zasady świadczenia przez przekazanego odbiorcy przekazu, czyli pozwanej. Jednak upoważnienie udzielone przez powoda pozwanej - w ramach stosunku podstawowego (czyli w stosunku waluty) nie miało takiej samej treści jak upoważnienie wynikające z gwarancji. Pozwana w subklauzuli 4.2 nie została upoważniona do zgłoszenia się do gwaranta po świadczenie umożliwiające jej zaspokojenie wszelkich roszczeń wynikłych z niewykonania przez wykonawcę inwestycji jego zobowiązań umownych, miała jedynie ograniczone upoważnienie do wykorzystania gwarancji w celu zaspokojenia niektórych, wyraźnie określonych roszczeń z tego tytułu, wyspecyfikowanych w umowie o roboty budowlane i

ulegających dalszemu ograniczeniu kwotowemu i przedmiotowemu po upływie 30 dni od daty wydania wykonawcom świadectwa przyjęcia robót przez pozwaną. Zgłaszanie jakichkolwiek innych roszczeń zostało umownie wyłączone („Zamawiający nie zgłosi żadnego żądania na podstawie zabezpieczenia wykonania, z wyjątkiem kwot, do których Zamawiający jest uprawniony według kontraktu...”). Za nieuprawnione skorzystanie z gwarancji pozwana ponosiła odpowiedzialność odszkodowawczą obejmującą obowiązek przejęcia od wykonawcy odpowiedzialności materialnej w związku z wszystkimi odszkodowaniami, stratami i wydatkami (włącznie z opłatami sądowymi i innymi wydatkami prawnymi). Tak określony zakres upoważnienia pozwanej i zakres jej odpowiedzialności odszkodowawczej nie daje podstaw do przyjęcia, że wykorzystanie przez nią wyłączonej umownie drogi zaspokojenia się z gwarancji, bez zmiany zakresu upoważnienia lub późniejszego zatwierdzenia tej czynności przez drugą stronę umowy o roboty budowlane, doprowadziło do skutecznego zaspokojenia jej wierzytelności w drodze przekazu. Nie zmienia tej oceny ukształtowanie odpowiedzialności pozwanej za nieuprawnione skorzystanie z gwarancji jako odszkodowawczej. Zakres tego odszkodowania obejmuje bowiem także zwrot nienależnie pobranego świadczenia, mieszczący się w pojęciu straty poniesionej przez powoda, któremu kwotę na wypłatę regwarant pobrał z rachunku bankowego.

Trudno więc uznać, że zachodziły podstawy do stosowania w stosunkach między stronami sporu przepisów o przekazie w zakresie, w którym pozwana nie dysponowała upoważnieniem powoda do zażądania i przyjęcia na rachunek powoda świadczenia od gwaranta.

Nawet jednak gdyby rozpatrywać stosunki między stronami według przepisów o przekazie, należałoby przyjąć, że przekazany - spełniając świadczenie z gwarancji na rzecz pozwanej - działał w granicach upoważnienia udzielonego mu przez przekazującego (powoda). Jednak nie doprowadził do zaspokojenia wierzytelności pozwanej do powoda, wynikającej z łączącego te strony stosunku waluty, ponieważ umownie określone skutki przyjęcia tego świadczenia przez pozwaną od gwaranta ukształtowane zostały inaczej, niż przewidział ustawodawca w art. 921⁵ k.c. Uzgodnienia zawarte w subklauzuli 4.2 łączyły skutek zapłaty

wyłącznie z wypadkami ustalonymi w tym postanowieniu. Świadczenie gwarancyjne uzyskane bez podstawy umownej (a także - wbrew postanowieniom bezwzględnie obowiązującego art. 151 p.z.p.), to znaczy pobrane na zaspokojenie innych wierzytelności niż dopuszczone na tych podstawach, podlegało zwrotowi w ramach odpowiedzialności odszkodowawczej. Tak też rozumiał swoje żądania powód w pozwie, domagając się odszkodowania w wysokości nienależnie pobranej przez pozwaną kwoty. Tym samym roszczenie odszkodowawcze pozwanej nie wygasło, bowiem nie mogło być zaspokojone z gwarancji. Okoliczność, że pozwana wykorzystwała gwarancję sprzeczne z postanowieniami umownymi łączącymi ją z powodem była podstawą roszczeń powoda w niniejszej sprawie. Skoro zaś wierzytelność pozwanej nie wygasła i stała się wymagalna po wezwaniu powoda do jej zapłaty, nie zachodziły przeszkody do jej skutecznego potrącenia po wydaniu wyroku przez Sąd pierwszej instancji, a przed wniesieniem apelacji i powołania się na tę okoliczność w postępowaniu apelacyjnym. Przeciwwstawione sobie roszczenia spełniały bowiem wymagania art. 498 k.c.

Skarżący nie ma też racji formułując zarzut ewentualny nadużycia przez pozwaną prawa podmiotowego poprzez złożenie oświadczenia i zgłoszenie zarzutu potrącenia dopiero po wydaniu wyroku przez Sąd Okręgowy. Oświadczenia o dokonaniu potrącenia ma charakter konstytutywny. Wierzyciel nie jest ograniczony w swobodzie wyboru terminu skorzystania z potrącenia, w szczególności nie ciąży na nim obowiązek wykorzystania tej instytucji na określonym etapie postępowania sądowego. Skuteczne może być nawet potrącenie dokonane po wydaniu prawomocnego wyroku, które uznawane jest za podstawę do wytoczenia powództwa przeciwegzekucyjnego (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 30 lipca 1974 r., III CZP 44/74, OSNCP 1975 r., nr 5, poz. 78). Pozwana złożyła powodowi oświadczenie o potrąceniu wierzytelności stron, kiedy okazało się, że jej obrona - oparta na twierdzeniu, że była uprawniona do zaspokojenia swojej wierzytelności odszkodowawczej z gwarancji prawidłowego wykonania umowy - nie została uwzględniona w wyroku Sądu pierwszej instancji. Pozwana nadal kwestionowała wprawdzie w apelacji zasadność roszczenia powoda, jednak - licząc się z możliwością przegranej - zdecydowała się na złożenie oświadczenia o potrąceniu, by w tej drodze uzyskać zaspokojenie swojej wierzytelności

wzajemnej, gdyby Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko powoda, że nie mogła skutecznie przeznaczyć na ten cel świadczenia z gwarancji. Takie postępowanie trudno uznać za naganne, stanowiło bowiem logiczną konsekwencję dotychczasowego przebiegu procesu. Roszczenie pozwanej Sąd Apelacyjny uznał za istniejące i wymagalne. Okoliczność, że pozwana nieprawidłowo wykorzystała gwarancję bankową, za co odpowiada odszkodowawczo, w tym musi zwrócić powodowi kwotę otrzymaną od gwaranta bez uzasadnienia w stosunku podstawowym, nie czyni niezgodnym z zasadami etycznymi dążenia do naprawienia poniesionej przez nią szkody, wynikłej z konieczności zapłaty w ramach ustawowej odpowiedzialności solidarnej wynagrodzenia podwykonawcy jednego z konsorcjantów, który to wydatek spowodowany był niewywiązaniem się z umownego obowiązku zapłaty wynagrodzenia przez konsorcjanta posługującego się tym podwykonawcą.

Z przytoczonych względów skarga kasacyjna powoda została oddalona na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c., jako nieuzasadniona.

Orzeczenie o kosztach postępowania kasacyjnego wynika z postanowień art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99, art. 398²¹ i art. 391 § 1 k.p.c.

ke