



Sygn. akt V CSK 484/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 lipca 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Teresa Bielska-Sobkowicz (przewodniczący)

SSN Marian Kocon

SSN Roman Trzaskowski (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa S. Sp. z o.o. w S.
przeciwko G. S.A. w W.
z udziałem interwenienta ubocznego po stronie pozwanej C. S.A. w S.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym
w Izbie Cywilnej w dniu 9 lipca 2020 r.,
skargi kasacyjnej interwenienta ubocznego
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 19 kwietnia 2018 r., sygn. akt (...),

**oddala skargę kasacyjną i zasądza od skarżącego na rzecz
powódki kwotę 5400 (pięć tysięcy czterysta) zł z tytułu zwrotu
kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Powódka S. spółka z o.o. w S. („S.”) domagała się zasądzenia od
pозwanego (...) Towarzystwa Ubezpieczeń S.A. w W. („(...) TU”) kwoty 203.819,46

zł z odsetkami z tytułu gwarancji należytego wykonania kontraktu udzielonej powódce za E. S.A. w S. („E.”, obecnie C. S.A. w S. -„C.”), występującego w sprawie w charakterze interwenienta ubocznego po stronie pozwanej.

Wyrokiem z dnia 12 października 2017 r. Sąd Okręgowy w O. oddalił powództwo (punkt I) i orzekł o kosztach postępowania (punkty II-IV).

Ustalił m.in., że w dniu 27 maja 2011 r. S. („Zamawiający”) zawarła z E. („Wykonawca”) umowę nr PZP-(...) („Umowa”), której przedmiotem była dwuetapowa budowa kanalizacji sanitarnej i przebudowa sieci wodociągowej, w terminie do 20 miesięcy od rozpoczęcia, które miało nastąpić w II kwartale 2012 r., nie później niż w ciągu 14 dni od dnia przekazania terenu budowy. Przewidywała ona m.in., że rozliczenie pomiędzy Stronami następować będzie sukcesywnie, za wykonanie każdej części etapu kontraktu, w oparciu o Harmonogram rzeczowo-finansowy, oraz po wykonaniu każdego z etapów kontraktu, na podstawie faktur wystawionych przez Wykonawcę oraz zatwierdzonego przez Zamawiającego stosownego (częściowego lub końcowego dla danego etapu kontraktu) rozliczenia i protokołu odbioru robót (§ 3 ust. 5 Umowy). W przypadku stwierdzenia braków przy odbiorze końcowym etapu kontraktu Wykonawca miał prawo do wystawienia faktury po protokolarnym potwierdzeniu ich usunięcia przez Zamawiającego (§ 3 ust. 7). W razie bowiem stwierdzenia braków nadających się do usunięcia, Zamawiającemu przysługiwało prawo odmowy odbioru, a Wykonawca był zobowiązany do usunięcia tych braków na własny koszt w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Po ich usunięciu Wykonawca winien jeszcze raz dokonać zgłoszenia gotowości do odbioru (§ 8 ust. 2). Jeżeli usunięcie braków w terminie zakończenia danego etapu robót, określonym w Harmonogramie rzeczowo-finansowym jest niemożliwe, a jednocześnie według uznania Zamawiającego, stwierdzone przy odbiorze braki nie uniemożliwią użytkowania przedmiotu odbioru, Zamawiający mógł warunkowo dokonać odbioru, wyznaczając jednocześnie termin usunięcia braków, wykraczający poza termin zakończenia danych etapów robót (§ 8 ust. 3). Postanowiono też, że jeżeli Komisja odbiorowa stwierdzi, że przedmiot odbioru końcowego danego etapu kontraktu posiada braki nie nadające się do usunięcia i uniemożliwiające jego użytkowanie zgodne z przeznaczeniem, to Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy z przyczyn, za które

ponosi odpowiedzialność Wykonawca, ze skutkami określonymi w § 11 Umowy (§ 8 ust. 5).

Po wykonaniu każdego z etapów i podpisaniu protokołu odbioru danego etapu Wykonawca miał udzielić pisemnej gwarancji jakości (§ 9 ust. 1 Umowy). Okres udzielonej gwarancji miał wynosić 36 miesięcy (§ 9 ust. 3), a rękojmi za wady - 12 miesięcy (§ 9 ust. 4). Bieg terminu gwarancji i rękojmi za wady miał się rozpocząć w dniu bezusterkowego odbioru końcowego danego etapu zamówienia i wydania przez Wykonawcę dokumentów gwarancyjnych, a w przypadku gdy zgodnie z § 8 ust. 3 Umowy Zamawiający dokonał warunkowego odbioru, wyznaczając termin do usunięcia braków, które nie uniemożliwiały użytkowania przedmiotu odbioru - od daty usunięcia braków (§ 9 ust. 6). W § 11 Umowy zastrzeżono m.in., że Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy, jeżeli Wykonawca przerwał z przyczyn leżących po jego stronie realizację przedmiotu zamówienia i przerwa ta trwa dłużej niż 30 dni (ust. 1 pkt 2) albo realizuje przedmiot umowy w sposób niezgodny z Umową i dokumentami kontraktowymi lub wskazaniem Zespołu Nadzoru Inwestorskiego i Zamawiającego (ust. 1 pkt 4). Zgodnie z § 11 ust. 5 Umowy w razie odstąpienia od Umowy Wykonawca miał obowiązek zgłoszenia do dokonania przez Zamawiającego odbioru robót przerwanych (pkt 2) oraz sporządzenia „przy udziale Zamawiającego” - w terminie czternastu dni od daty tego zgłoszenia - szczegółowego protokołu inwentaryzacji robót w toku (pkt 3). W przypadku niezgłoszenia przez Wykonawcę do odbioru robót przerwanych, Zamawiający miał obowiązek samodzielnie sporządzić protokół inwentaryzacji robót w toku. Protokół taki miał stanowić podstawę do sporządzenia przez Wykonawcę kosztorysu robót budowlanych w toku, który - po zatwierdzeniu przez Zamawiającego - miał być podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury VAT.

W Umowie przewidziano też zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej w wysokości 679.398,20 zł, z czego kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady wynosić miała 30% wysokości zabezpieczenia (§ 12 ust. 1 i 2).

W dniu 24 maja 2011 r. pozwana udzieliła powódce - w imieniu Wykonawcy - gwarancji zapłaty kwoty 679.398,20 zł, stanowiącej zabezpieczenie wykonania Umowy, „bezsprene, po otrzymaniu pierwszego wezwania na piśmie od Zamawiającego” („Gwarancja”). Gwarancja miała wejść w życie i uzyskać moc obowiązującą od podpisania Umowy i być ważna w wysokości 100% (679.398,20 zł) do trzydziestego dnia, licząc od daty wykonania zamówienia i uznania go przez Zamawiającego za należycie wykonane, lecz nie dłużej niż do dnia 10 lutego 2014 r., natomiast w części równej 30%, tj. w kwocie 203.819,46 zł, miała być ważna od dnia 11 lutego 2014 r. do piętnastego dnia, licząc od dnia upływu rękojmi za wady, lecz nie dłużej niż do dnia 26 lutego 2015 r. Zastrzeżono, że gwarancja jest bezwarunkowa i nieodwołalna.

Sąd Okręgowy ustalił ponadto, że Wykonawca wykonał wszystkie prace I etapu - ich końcowy odbiór nastąpił w dniu 31 grudnia 2012 r. bez zastrzeżeń – i udzielił na nie gwarancję jakości, otrzymując należne za ten etap wynagrodzenie.

W dniu 5 lipca 2013 r. doszło też do częściowego odbioru wykonanych prac należących do II etapu.

W toku realizacji robót II etapu Wykonawca napotkał na przeszkody gruntowe utrudniające ich wykonywanie i domagał się z tego tytułu dodatkowej zapłaty. Od początku czerwca 2013 r. roboty te – mimo wezwania (10 lipca 2013 r.) i kontroli Zamawiającego (także 11 i 16 lipca 2013 r.) - nie były wykonywane. W tym czasie Wykonawca poprawiał tylko usterki wykryte w trakcie przeglądu gwarancyjnego z dnia 30 kwietnia 2013 r., dotyczącego prac I etapu.

W konsekwencji pismem z dnia 19 lipca 2013 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę, że odstępuje od Umowy z jego winy ze względu na nieuzasadnione przerwanie robót przed dniem 13 czerwca 2013 r. i brak ich realizacji przez ponad 30 dni, mimo wezwania do kontynuacji.

W dniu 23 lipca 2013 r. powódka wezwała (...) TU do zapłaty kwoty 679.398,20 zł stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania Umowy. Skłoniło to interwenienta ubocznego do wytoczenia przeciwko niej powództwa o ustalenie nieistnienia prawa żądania zapłaty sumy gwarancyjnej. Sprawa zawisła przed

Sądem Okręgowym w O. i została zakończona ugodą, mocą której powódka postanowiła wycofać wezwanie do pozwanej o wypłatę kwoty 679.398,20 zł.

W protokole nr (...) z rady budowy z dnia 30 lipca 2013 r. powódka oświadczyła, że ok. 80% robót jest zrealizowanych i oczekuje od Wykonawcy przygotowania inwentaryzacji wykonanych robót. Poprosiła też o wystawienie gwarancji na roboty wykonane z II etapu. W tej samej dacie Wykonawca zgłosił powódce do odbioru przerwane roboty i wezwał do przeprowadzenia w dniu 14 sierpnia 2013 r. inwentaryzacji robót w toku.

Protokół inwentaryzacji robót w toku z dnia 14 sierpnia 2013 r. zawierał informację o rozpoczęciu inwentaryzacji i że Wykonawca jest w trakcie sporządzania inwentaryzacji robót przerwanych, a na kolejnym terminie spotkania winno dojść do obustronnego ustalenia zakresu prac niezbędnych do zakończenia budowy i przekazania dokumentacji.

Ze względu na odstąpienie powódki od Umowy, w dniu 2 września 2013 r. podwykonawca jednostronnie zwrócił teren budowy, stwierdzając stan zabezpieczenia placu.

W dniu 25 września 2013 r. Wykonawca poinformował Zamawiającego, że wobec jego stanowiska odstępuje od Umowy, co spowodowane jest głównie uniemożliwieniem Wykonawcy realizacji robót, do których wykonania był gotowy. Jednocześnie wskazał, że oświadczenie powódki o odstąpieniu od Umowy oraz naliczenie kary umownej uznaje za bezzasadne i nieważne.

Pismami z dnia 2 i 23 października 2013 r. powódka zarzuciła Wykonawcy, że nie prowadzi prawidłowo inwentaryzacji, wydłużając proces w nieskończoność, a w wyznaczonym na 14 sierpnia 2013 r. terminie nie przystąpił do żadnych czynności inwentaryzacyjnych, wyznaczając jedynie kolejne terminy (19 sierpnia 2013 r., 30 września 2019 r.), których nie dotrzymał, w związku z czym sama przystąpi do przeprowadzenia tych czynności. Poinformowała też Wykonawcę o planowanych na 14 i 15 listopada 2013 r. inspekcjach telewizyjnych kamerą sieci kanalizacji sanitarnej.

W odpowiedzi Wykonawca wskazał, że w ramach rozpoczętej procedury inwentaryzacyjnej wykonuje kamerowanie odcinków przeznaczonych do inwentaryzacji i przekazuje je powódce, najpóźniej do dnia 29 listopada 2013 r.

W dniu 14 marca 2014 r. Zamawiający sporządził protokół inwentaryzacji robót w toku, stwierdzając w nim szereg nieprawidłowości. Protokół zawierał też informację, że inwentaryzacja trwała w okresie sierpień 2013 r. - luty 2014 r.

Ze swej strony wykonawca przekazał powódce rozliczenie dla zinventaryzowanych robót przerwanych na kwotę 963.958,60 zł netto.

Jednakże w piśmie z dnia 15 lipca 2014 r. powódka poinformowała Wykonawcę, że dokonała szczegółowej inwentaryzacji pozostawionych przez niego robót, wskazała dostrzeżone nieprawidłowości, jak również że objęte inwentaryzacją roboty nie nadają się do użytkowania ani do naprawy (ich koszt jest wyższy niż ponowna budowa) i konieczne jest ich ponowne wykonanie w całości, a tym samym nie przyjmuje i nie zatwierdza rozliczenia Wykonawcy. Przygotowany jednocześnie na jej zlecenie projekt wykonawczy w zakresie wadliwych robót objętych protokołem inwentaryzacji z dnia 14 marca 2014 r., stanowił podstawę wykonania robót naprawczych i dokończenia budowy przez nowo wyłonionego wykonawcę.

W dniu 19 lutego 2015 r. powódka wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 203.819,46 zł stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania kontraktu. W oparciu o argumentację przedstawioną jej w piśmie Wykonawcy pozwana uznała to wezwanie za bezzasadne, wskazując, że zgodnie z § 9 ust. 4 i 6 Umowy rękojnia rozpoczyna swój bieg w dniu bezusterkowego odbioru końcowego danego etapu zamówienia i wydania przez wykonawcę dokumentów gwarancyjnych, tymczasem w sprawie nie został podpisany protokół końcowego odbioru prac. Powódka odstąpiła od umowy, a wykonawca dokonał jednostronnego przekazania placu budowy w dniu 2 września 2013 r., w tym więc dniu nastąpiło wydanie przedmiotu Umowy, i od tego dnia należy liczyć roczny okres obowiązywania rękojmi, który upłynął z dniem 2 września 2014 r. Tym samym żądanie powódki wpłynęło po upływie ważności gwarancji.

Uzasadniając oddalenie powództwa, Sąd pierwszej instancji wskazał, że udzielenie gwarancji nieodwołalnej, bezwarunkowej i na pierwsze żądanie, kreuje zobowiązanie abstrakcyjne i nieakcesoryjne, co sprawia, iż gwarant nie może badać merytorycznej słuszności żądania zapłaty, aktualizującego jego zobowiązanie. Jednakże jego zaostrożona odpowiedzialność wymaga ścisłego przestrzegania przewidzianych w gwarancji przesłanek formalnych dotyczących żądania zapłaty. W tym kontekście zwrócił uwagę, że in casu ważność Gwarancji uzależniona była od daty wykonania zamówienia i uznania go przez Zamawiającego za należycie wykonane i wokół tych kwestii koncentrował się spór.

Uznał, że Zamawiający miał podstawy od odstąpienia od Umowy na podstawie jej § 11 ust. 1 pkt 2 i przyjął, iż treść dokonanego przezeń odstąpienia wskazuje, że dotyczyło ono całości Umowy realizowanej w II etapie. Także postępowanie powódki – tj. brak odbioru robót II etapu i brak wezwania do usunięcia wad w jakimkolwiek zakresie - świadczy o tym, że uznała wszystkie te roboty za przerwane, a jej czynności były ściśle ukierunkowane na ich rozliczenie bez odbioru. Zatem w części objętej odstąpieniem Umowę należało traktować jako niezawartą, co wyłączało też odpowiedzialność tytułu rękojmi i gwarancji za roboty II etapu. W tym zakresie „nie obowiązywał” okres rękojmi oraz gwarancji, a w konsekwencji nie zostały spełnione przesłanki do wypłaty sumy gwarancyjnej. Wobec tego Sąd Okręgowy odrzucił pogląd, że ważność Gwarancji wyznaczał termin określony w niej jako końcowy (26 luty 2015 r.), bez względu na to, czy bieg terminu rękojmi w ogóle mógł się rozpocząć, wyjaśniając, iż taka interpretacja odrywałaby się od *causam* gwarancji, ściśle powiązanej z rękojmią.

Zarazem ocenił, że nawet jeżeli uznać, iż odstąpienie dotyczyło tylko tej części prac II etapu, które w dniu odstąpienia nie były jeszcze wykonane, należałoby przyznać rację pozwanej i C., że Zamawiający nie dochował aktów staranności przewidzianych w art. 563 § 2 w związku z art. 638 i art. 656 § 1 k.c. W takim bowiem razie należało najpierw ustalić zakres robót nadających się do odbioru, a jeśli były wadliwe, wezwać wykonawcę do usunięcia wad lub dokonać ich odbioru warunkowego, wyznaczając termin ich usunięcia. Dopiero gdyby okazałoby się, że roboty wykonane do tej daty nie nadają się do odbioru ze względu na braki nienadające się do usunięcia lub nieusunięcie ich

w wyznaczonym terminie, istniałoby uprawnienie do odstąpienia od umowy także w tej części oraz do naliczenia kar umownych, zgodnie z § 10 ust. 1 pkt b Umowy. Należało wówczas podjąć czynności inwentaryzacyjne co do prac przerwanych, zgodnie z § 11 ust. 5 Umowy.

Wskutek apelacji powódki wyrokiem z dnia 19 kwietnia 2018 r. Sąd Apelacyjny w (...) zmienił wyrok Sądu Okręgowego w O. w ten sposób, że zasądził od (...) TU na rzecz S. kwotę 203.819,46 zł z odsetkami.

W szczególności wskazał, że podnoszone przez (...) TU zarzuty dotyczyły (poza powołaniem się na art. 5 k.c.) stosunku podstawowego, podczas gdy żądaniu zapłaty opartym na gwarancji, będącej czynnością abstrakcyjną, gwarant w ogóle nie może przeciwstawiać takich zarzutów. Do skutecznego żądania zapłaty z Gwarancji wystarczyło złożenie przez S. (beneficjenta) - w umówionej formie - oświadczenia, że zabezpieczone zobowiązanie Wykonawcy nie zostało zrealizowane, co nastąpiło przed dniem 26 lutego 2015 r., a więc przed upływem terminu wskazanego w Gwarancji. Do tego dnia prace Wykonawcy w ramach Umowy, której wykonanie zabezpieczała Gwarancja, nie były ukończone.

Sąd odwoławczy zauważył też „na marginesie”, że Komisja inwentaryzacyjna sporządzająca protokół inwentaryzacji robót w dniu 14 marca 2014 r. stwierdziła, iż zakres prac objętych dokumentacją projektową należy wykonać ponownie, m.in. ze względu na brak założonych właściwości użytkowych.

Przyjmując, że datą końcową okresu ważności Gwarancji w przypadku niezrealizowania prac, których należyte wykonanie zabezpieczała Gwarancja w spornym zakresie (30%, tj. 203.819,46 zł), była data 26 lutego 2015 r., odrzucił tezę, iż wobec nieukończenia prac (także wskutek odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy) i wobec niesporządzenia protokołu odbioru robót II etapu, bieg okresu rękojmi nie mógł się rozpocząć i gwarancja w ogóle nie obowiązywała. Wyjaśnił, że powiązanie Gwarancji z rękojnią dotyczyło tylko powiązania terminu jej obowiązywania (w zakresie kwoty 203.819,46 zł) z terminem rękojmi, a ściślej skróceniem jej obowiązywania (upływ rękojmi plus 15 dni) w przypadku wcześniejszego zakończenia prac. Nie ma zaś podstaw do twierdzenia, że jej ważność (istnienie obowiązku jej realizacji) powiązana została

z istnieniem rękojmi w ramach umowy podstawowej. Taka wykładnia nie wynika z treści Gwarancji i byłaby sprzeczna z celem oraz istotą gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy, gdyż przyjęcie, że niewykonanie całości umówionych prac skutkuje niemożliwością zrealizowania gwarancji ubezpieczeniowej wskutek nierozpoczęcia biegu terminu rękojmi, premiowałoby nierzetelne zachowania wykonawcy robót, mimo iż Gwarancja obejmowała zapłatę kwoty 679.398,20 zł, stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania Umowy, a przewidziane nią roboty nie zostały w całości wykonane.

Sąd Apelacyjny nie podzielił też wariantowego poglądu, że termin rękojmi należało liczyć od dnia, w którym powódka mogła przejąć teren budowy po jego „zdaniu” przez Wykonawcę. Gwarancja bowiem wskazywała jasno, że w części objętej dochodzonym roszczeniem (30%) jest ważna od dnia 11 lutego 2014 r. do piętnastego dnia, licząc od dnia upływu rękojmi za wady, nie dłużej niż do dnia 26 lutego 2015 r. Postanowienie to korespondowało z treścią art. 151 ust. 1 - 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którymi zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane; kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia i jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady. Gdyby zaś nawet zachodziły wątpliwości co do czasokresu Gwarancji, musiałyby one zostać rozstrzygnięte na korzyść beneficjenta, gdyż to pozwana zarobkowo, profesjonalnie zajmuje się zawieraniem umów ubezpieczeniowych, a więc stosuje się do niej w tym zakresie podwyższony miernik staranności (art. 355 § 2 k.c.) i regułę *in dubio contra proferentem*.

Sąd drugiej instancji zauważył też, że prowadząc spór co do tego, od kiedy *in casu* należy liczyć okres rękojmi za wykonane prace II etapu, strony przeoczyły, iż istota gwarancji o abstrakcyjnym charakterze zmierza właśnie do tego, aby tego rodzaju spory, mające swoje źródło w stosunku podstawowym, wyeliminować. Tym niemniej przychylił się do poglądu powódki, że początek biegu terminu rękojmi powinien być powiązany z dniem sporządzenia protokołu inwentaryzacji robót w toku (14 marca 2014 r.), gdyż dopiero wówczas oceniono

zakres i jakość wykonanych prac. Nie ma zaś podstaw do powiązania biegu jakiegokolwiek terminu ochronnego dla zamawiającego z jednostronnym „zdaniem” przez wykonawcę terenu budowy.

Ocecił też, mając na względzie bezwarunkowy charakter Gwarancji, jej nieodwołalność i cel, jak również zaprzestanie realizacji Umowy, że żądanie S. nie stanowi nadużycia prawa podmiotowego (art. 5 k.c.). Wprawdzie między stronami Umowy zarysował się spór co do podstaw niezrealizowania prac, jednak Gwarancja obejmowała zapłatę kwoty 679.398,20 zł, stanowiącej zabezpieczenie wykonania Umowy. Nawet zatem przy zaakceptowaniu stanowiska - co jednak nie było objęte kognicją Sądu orzekającego w niniejszej sprawie - że S. nie złożyła skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy z Wykonawcą, nie można tracić z pola widzenia faktu, iż roboty przewidziane Umową nie zostały w całości wykonane. Złożenie oświadczenia o odstąpieniu od Umowy stanowiło konsekwencję uprzedniego zaprzestania wykonywania robót przez Wykonawcę. Ponadto Komisja inwentaryzacyjna sporządzająca protokół inwentaryzacji robót z dnia 14 marca 2014 r. stwierdziła, że zakres prac objętych dokumentacją projektową należy wykonać ponownie, m.in. ze względu na brak założonych właściwości użytkowych (k. 45). Istota zaś Gwarancji sprowadzała się do zapewnienia należytej jakości wykonanych prac, przy czym jej abstrakcyjny charakter eliminował z obszaru jej realizacji spór, czy faktycznie jakość (i też zakres) prac była należyta czy też nie.

Skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego wywiódł interwenient uboczny, zaskarżając go w całości. Zarzucił naruszenie prawa materialnego, tj. naruszenie postanowień Gwarancji w związku z art. 559, art. 548 § 1, art. 563 § 1, art. 568 § 1, art. 638 § 1, art. 656 § 1 k.c. w związku z § 9 ust 4 Umowy, naruszenie § 12 ust 2 Umowy w związku z art. 65 § 2 k.c., art. 151 ust 1-3 Prawa zamówień publicznych w związku z § 12 ust. 3 Umowy w związku z 187 § 1 pkt 2, art. 229 i art. 230 k.p.c., naruszenie art. 563 § 2 w związku z art. 638 § 1, art. 656 § 1, art. 5 i art. 65 § 2 k.c., naruszenie art. 637 w związku z art. 638 § 1, art. 656 § 1, art. 5 i art. 65 § 2 k.c. w związku z § 11 ust. 6 Umowy, naruszenie § 11 ust. 6 Umowy w związku z umową powódki z W. nr (...) z dnia 16 stycznia 2015 r. w związku z art. 5 i art. 65 § 2 k.c., naruszenie art. 556 § 1 w związku z art. 638 § 1, art. 656 § 1, art. 379 § 2, art. 491 § 2, art. 5 i art. 65 § 2 k.c. oraz naruszenie art. 5 k.c. w związku z

§ 12 ust. 2 Umowy, art. 151 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych, w związku z art. 65 § 2, art. 6 k.c., w związku z art. 187 § 1 pkt 2, art. 229 i art. 230 k.p.c., w związku z art. 556 § 1, art. 638 § 1, art. 656 § 1, art. 379 § 2, art. 491 § 2, art. 559, art. 548 § 1, art. 563 § 2, art. 568 § 1 k.c., w związku z art. 563 § 2, art. 638 § 1 i art. 656 § 1 k.c., w związku z art. 637, art. 656 § 1 k.c. w związku z § 11 ust. 6 Umowy, w związku z § 11 ust. 6 Umowy w związku z umową powoda z W. nr (...) z dnia 16 stycznia 2015 r., w związku z art. 559, art. 548 § 1, art. 563 § 2, art. 568 § 1, art. 638 § 1, art. 656 § 1 k.c. w związku z § 9 ust. 4 Umowy, w związku z treścią Gwarancji. Zarzucił również naruszenie przepisów postępowania, tj. naruszenie art. 321 w związku z art. 187 § 1 pkt 2, art. 229 i art. 230 k.p.c. w związku z § 12 ust. 2 Umowy, w związku z art. 65 § 2 k.c. w związku z art. 151 ust 1-3 Prawa zamówień publicznych w związku z treścią Gwarancji, naruszenie art. 382 i art. 328 § 2 w związku z art. 187 § 1 pkt 2, art. 229, art. 230 oraz art. 391 § 1 k.p.c. i naruszenie art. 382, art. 328 § 2 oraz art. 391 § 1 k.p.c. Wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i jego zmianę przez oddalenie powództwa w całości i orzeczenie o kosztach procesu.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Podniesione w skardze kasacyjnej zarzuty ogniskują się wokół kilku kwestii. Skarżący wywiódł, że powódka wystąpiła z żądaniem zapłaty zredukowanej sumy gwarancyjnej (30%) w sytuacji, w której roszczenia z tytułu rękojmi w ogóle nie powstały, co - w jego ocenie - sprawia, iż w tym zakresie nie powstała też odpowiedzialność pozwanej. Z tym twierdzeniem wiąże się zarzut naruszenia art. 556 § 1 w związku z art. 638 § 1, art. 656 § 1, art. 379 § 2, art. 491 § 2, art. 5 i art. 65 § 2 k.c. przez przyjęcie, że roszczenie z rękojmi istnieje w razie niezakończenia robót budowlanych, niezależnie od tego, czy przedmiot świadczenia wykonawcy z umowy o roboty budowlane jest podzielny w rozumieniu art. 379 § 2 oraz art. 491 § 2 k.c., przy jednoczesnym zaniechaniu dokonania oceny, czy in casu świadczenie Wykonawcy wynikające z Umowy miało charakter podzielny i tym samym, czy mogło być przedmiotem rękojmi. Zdaniem interwenienta, roszczenia z rękojmi nie powstały także dlatego, że powódka nie uczyniła zadość obowiązkowi wezwania Wykonawcy do zmiany sposobu

wykonywania robót i wyznaczenia mu terminu, po upływie którego dopiero mogła odstąpić od Umowy albo powierzyć poprawienie wad na koszt Wykonawcy i dalsze wykonanie przedmiotu Umowy innemu podmiotowi, a pominięcie tego doprowadziło do naruszenia § 11 ust. 6 Umowy w związku z umową powódki z W. nr (...) z dnia 16 stycznia 2015 r. w związku z art. 5 i art. 65 § 2 k.c. przez ich niewłaściwe zastosowanie.

Następna grupa zarzutów koncentruje się wokół stwierdzenia, że powódka wystąpiła z żądaniem zapłaty zredukowanej sumy gwarancyjnej już po upływie „ważności” Gwarancji, będącym konsekwencją wygaśnięcia rękojmi za wady. Zdaniem interwenienta, 12-miesięczny okres rękojmi rozpoczął bieg już z dniem przekazania powódce placu budowy a nie dopiero z dniem jednostronnego sporządzenia protokołu inwentaryzacji robót przerwanych. Jednakże roszczenia z tytułu rękojmi wygasły już wcześniej, wskutek niedochowania przez Zamawiającego aktów staranności, tj. zbadania wykonanych robót pod kątem wad, powiadomienia o wykrytych wadach i wezwania do ich usunięcia. Wiąże się z tym zarzut naruszenia art. 382, art. 328 § 2 oraz art. 391 § 1 k.p.c. przez nieodniesienie się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do całości zgromadzonego materiału dowodowego i pominięcie wymienionych dowodów wskazujących, że dopiero w piśmie z dnia 15 lipca 2014 r. powódka po raz pierwszy poinformowała Wykonawcę o wadach robót, które wykryła cztery miesiące wcześniej, nie wzywając do ich naprawy, a informując, iż zleciła naprawę przedsiębiorcy W. W zakresie zaś podstawy określonej w art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c. - zarzut naruszenia postanowień Gwarancji w związku z art. 559, art. 548 § 1, art. 563 § 1, art. 568 § 1, art. 638 § 1, art. 656 § 1 k.c. w związku z § 9 ust 4 Umowy przez przyjęcie, że roszczenie z rękojmi powstaje od dnia sporządzenia przez powódkę jednostronnej inwentaryzacji wykonanych robót, a nie od przekazania jej placu budowy, czyli wydania przedmiotu umowy, czego konsekwencją było uwzględnienie żądania zapłaty zgłoszonego po wygaśnięciu Gwarancji, a także zarzut naruszenia art. 563 § 2 w związku z art. 638 § 1, art. 656 § 1, art. 5 i art. 65 § 2 k.c. przez ich zastosowanie, choć powódka nie nabyła uprawnień z rękojmi, gdyż nie zbadała przedmiotu Umowy w czasie i w sposób przyjęty dla robót budowlanych (odstąpiła od Umowy w dniu 22 lipca 2013 r., a dokonała inwentaryzacji robót w dniu 14

marca 2014 r.), jak również nie zawiadomiła niezwłocznie interwenienta o wadzie (o pierwszej wadzie mogła się dowiedzieć podczas prób szczelności w lutym 2014 r., a zawiadomiła o wadzie w dniu 15 lipca 2014 r.). Natomiast pominięcie, że powódka nigdy nie wzywała Wykonawcy do usunięcia wad (zwłaszcza „rzekomych” wad stwierdzonych podczas inwentaryzacji robót z dnia 14 marca 2014 r.) z wyznaczeniem odpowiedniego terminu, miało skutkować naruszeniem art. 637 w związku z art. 638 § 1, art. 656 § 1, art. 5 i art. 65 § 2 k.c. w związku z § 11 ust. 6 Umowy przez ich niewłaściwe zastosowanie.

Dalsze zarzuty skarżącego dotyczą nieprawidłowego rozpoznania przez Sąd Apelacyjny celu Gwarancji w kwocie zredukowanej do 30% wysokości zabezpieczenia, którym było zabezpieczenie roszczeń powódki z rękojmi. Wiąże się z tym zarzut naruszenia art. 382 i art. 328 § 2 w związku z art. 187 § 1 pkt 2, art. 229, art. 230 oraz art. 391 § 1 k.p.c. przez nieodniesienie się w uzasadnieniu do całości materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie i pominięcie dowodów z oświadczeń zawartych w § 12 ust. 2 Umowy oraz w pismach procesowych stron i interwenienta, wskazujących na taki cel Gwarancji, jak również naruszenia § 12 ust. 2 Umowy w związku z art. 65 § 2 k.c., art. 151 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych w związku z § 12 ust. 3 Umowy w związku z art. 187 § 1 pkt 2, art. 229 i art. 230 k.p.c. W konsekwencji zarzuciła także naruszenie art. 321 w związku z art. 187 § 1 pkt 2, art. 229, art. 230 k.p.c., § 12 ust. 2 Umowy, art. 65 § 2 k.c., art. 151 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych i treścią Gwarancji przez „orzeczenie ponad żądanie w zakresie okoliczności faktycznych” wskazanych przez powódkę, dotyczących tego celu.

Znaczenie błędnego ustalenia celu Gwarancji w kwocie zredukowanej uwidoczniło się także w kontekście tezy skarżącego, że żądanie powódki stanowiło nadużycie prawa podmiotowego, z czym związany jest zarzut wieloaspektowego naruszenia art. 5 k.c., ze względu na użycie Gwarancji niezgodnie z celem, jakiemu miała służyć, polegającym na zaspokojeniu roszczeń z rękojmi (zarzut naruszenia art. 5 k.c. w związku z § 12 ust. 2 Umowy, art. 151 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych, art. 65 § 2 i art. 6 k.c. oraz art. 187 § 1 pkt 2, art. 229 i art. 230 k.p.c., jak również w związku z art. 559, art. 548 § 1, art. 563 § 2, art. 568 § 1, art. 638 § 1, art. 656 § 1 k.c., § 9 ust. 4 Umowy i z treścią Gwarancji), tj. w sytuacji,

w której powódce nie przysługują uprawnienia z tytułu rękojmi w odniesieniu do niezakończonych (niewykonanych) robót budowlanych, będących świadczeniem niepodzielnym (zarzut naruszenia art. 5 k.c. w związku z art. 556 § 1, art. 638 § 1, art. 656 § 1, art. 379 § 2, art. 491 § 2, art. 559, art. 548 § 1, art. 563 § 2 i art. 568 § 1 k.c.), jak również nie przysługują ze względu na niezbadanie robót i niepowiadomienie o wadzie niezwłocznie po jej wykryciu (zarzut naruszenia art. 5 k.c. w związku z art. 563 § 2, art. 638 § 1 i art. 656 § 1 k.c.), niewezwanie Wykonawcy do usunięcia wady w oznaczonym terminie (zarzut naruszenia art. 5 w związku z art. 637, art. 656 § 1 k.c. i § 11 ust. 6 Umowy), niewezwanie Wykonawcy do zmiany sposobu wykonywania robót i niewyznaczenie terminu, po upływie którego powódka mogłaby powierzyć poprawienie wad na koszt Wykonawcy i dalsze wykonanie przedmiotu Umowy innemu podmiotowi (zarzut naruszenia art. 5 k.c. w związku z § 11 ust. 6 Umowy i umową powoda z W. nr (...) z dnia 16 stycznia 2015 r.).

Ustosunkowując się do przedstawionych zarzutów, należy przede wszystkim stwierdzić, że Sądy orzekające w sprawie i strony były zgodne, iż dochodzone pozwem roszczenie powódka wywodziła z „Gwarancji należytego wykonania kontraktu” (umowy), stanowiącej - stosownie do jej treści - „zabezpieczenie wykonania umowy, o którym mowa w § 12 ust. 1 i 3” Umowy, a ściślej z części Gwarancji równej 30% (203.819,46 zł), ważnej „od dnia 11 lutego 2014 r. do piętnastego dnia licząc od dnia upływu rękojmi za wady, lecz nie dłużej niż do dnia 26 lutego 2015 r.” Gwarancji tej dotyczył § 12 Umowy, stanowiący, że Wykonawca wnosi zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w wysokości 10 % ceny brutto podanej w ofercie w kwocie 679.398,20 zł w formie gwarancji ubezpieczeniowej (ust. 1), że kwotę pozostawioną na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady ustala się na 30 % wysokości zabezpieczenia (ust. 2) i że zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostanie zwrócone w terminie i na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych (ust. 3). Regulacja ta nawiązywała do przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (ówcześnie tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.; dalej - „p.z.p.”), przewidujących, że zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, służącego pokryciu

roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (art. 147 ust. 1 i 2 p.z.p.), które może być wniesione (m.in.) w formie gwarancji ubezpieczeniowej (art. 148 ust. 1 pkt 4 p.z.p.), w wysokości od 2 % do 10 % ceny całkowitej podanej w ofercie (art. 150 ust. 2 p.z.p.), i podlega zwrotowi w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane (art. 151 ust. 1 p.z.p.), kwota zaś pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30 % wysokości zabezpieczenia (ust. 2) i jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady (ust. 3).

Wbrew zarzutom sformułowanym w skardze kasacyjnej nie ma żadnych podstaw, by uznać, że Sąd Apelacyjny orzekł ponad żądanie. Żądanie poddane pod jego osąd dotyczyło kwoty 203.819,46 zł, odpowiadającej co do wysokości części Gwarancji „równej 30%”, przy czym powódka powołała się na Gwarancję i wezwanie do zapłaty skierowane do pozwanej w dniu 19 lutego 2015 r., a więc po upływie ostatecznego terminu (10 luty 2014 r.) ważności Gwarancji „w wysokości 100%” (679.398,20 zł), a przed upływem ostatecznego terminu (26 luty 2015 r.) Gwarancji „w części równej 30%”. O tym żądaniu rozstrzygał Sąd Apelacyjny, dochodząc - w wyniku analizy treści i celu Gwarancji - do wniosku, że „w części równej 30%” była ona ważna od dnia 11 lutego 2014 r. do dnia 26 lutego 2015 r., a jej związek z odpowiedzialnością z tytułu rękojmi wyrażał się - i wyczerpywał - w możliwości wcześniejszego zakończenia ważności Gwarancji w konsekwencji „upływu rękojmi za wady”, co skojarzył z przypadkiem wcześniejszego niż planowane zakończenia robót. Stosownie do tej interpretacji nadrzędnym i jednolitym celem Gwarancji - zarówno „w wysokości 100%”, jak i w „części równej 30%” - było zabezpieczenie należytego wykonania Umowy, w tym należytej jakości wykonanych robót. W konsekwencji Sąd drugiej instancji stronił od zawężającego stwierdzenia, że celem Gwarancji „w części równej 30%” było zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi, choć dostrzegał podstawę wskazaną w wezwaniu do zapłaty (§ 12 ust. 2 Umowy) i nawiązywał do art. 151 ust. 1-3 p.z.p. Ogólniejsze ujęcie celu odegrało istotną rolę przy formułowaniu twierdzenia, że odpowiedzialność Gwaranta „w części równej 30%” była niezależna od

powstania odpowiedzialności z tytułu rękojmi oraz przy ocenie, iż żądanie powódki nie stanowi nadużycia prawa (art. 5 k.c.).

Określenie przez Sąd odwoławczy ogólnego celu Gwarancji pozostaje w zgodzie z nazwaniem jej w dokumencie gwarancyjnym mianem „Gwarancji należytego wykonania kontraktu”, jak również w zgodzie z ogólnie ujętym art. 147 ust. 2 p.z.p., w myśl którego zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu „roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy”. Także oświadczenie Gwaranta dotyczyło udzielenia Zamawiającemu gwarancji „stanowiącej zabezpieczenie wykonania umowy, o którym mowa w § 12 ust. 1 i 3 umowy”. Z drugiej strony nie sposób zaprzeczyć - co akcentuje skarżący - że powiązanie czasu „ważności” Gwarancji „w części równej 30%” z datą upływu rękojmi za wady (15 dni od tej daty, nie dłużej jednak niż do dnia 26 lutego 2015 r.) sugeruje - a sugestię tę wzmacnia treść art. 151 p.z.p. i § 12 ust. 2 Umowy - iż w założeniu stron miała ona zabezpieczać wykonanie przez Wykonawcę obowiązków z tytułu rękojmi (pominięcie odwołania w Gwarancji do § 12 ust. 2 Umowy stanowiłoby wówczas oczywistą omyłkę).

Należy jednak zwrócić uwagę, że nawet tak zdefiniowany cel Gwarancji „w części równej 30%” nie przesądzałby jeszcze - sam przez się - bezzasadności żądania powódki w razie stwierdzenia, iż w rzeczywistości nie przysługują jej uprawnienia z tytułu rękojmi (nie powstały albo wygasły), pierwszoplanowe bowiem znaczenie dla ustalenia zakresu zobowiązania Gwaranta ma nie tyle cel, ile treść Gwarancji. W wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17 (Glosa 2019, nr 4, s. 63) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że gwarancja ubezpieczeniowa jest jednostronnym zobowiązaniem ubezpieczyciela-gwaranta, że po ziszczeniu się określonych w nim "warunków", które mogą być stwierdzone określonymi dokumentami, jakie beneficjent gwarancji załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, ubezpieczyciel ten spełni świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Zgodnie z zasadą względności zobowiązania zobowiązanie gwaranta ma charakter nieakcesoryjny, co oznacza, że gwarant nie może powołać się na zarzuty wynikające z innego stosunku prawnego niż gwarancyjny, a więc np. przysługujące dłużnikowi względem wierzyciela (beneficjenta gwarancji) lub przysługujące gwarantowi względem zlecniodawcy udzielenia gwarancji

(por. też wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, OSNC 2010, Nr 11, poz. 146, z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12, nie publ., z dnia 6 marca 2015 r., III CSK 155/14, OSNC 2016, Nr 3, poz. 33, z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15). Tym niemniej, korzystając ze swobody umów (art. 353¹ k.c.) strony mogą ukształtować przesłanki powstania zobowiązania gwaranta na różne sposoby (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09 oraz z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12). Mogą zatem postanowić, że zobowiązanie gwaranta aktualizować się będzie tylko w razie spełnienia materialnych "warunków" zapłaty - rzeczywistego wystąpienia wypadku gwarancyjnego - np. niewykonania lub nienależytego wykonania zabezpieczanego zobowiązania, co podlega dowodzeniu na zasadach ogólnych i zakłada, iż zobowiązanie to istniało, zaktualizowały się przesłanki jego wymagalności oraz nie zostało wykonane (por. też wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09 oraz z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12). Strony mogą też postanowić, że zobowiązanie gwaranta zaktualizuje się już w razie przedstawienia gwarantowi dokumentów - ściśle określonych w treści gwarancji - "stwierdzających" spełnienie "warunków" zapłaty (tzw. gwarancja dokumentowa). Nie zależy ono wówczas bezpośrednio od ziszczenia się jakichkolwiek przesłanek ("warunków") materialnoprawnych, leżących poza stosunkiem gwarancji. W przypadku zaś cieszącej się szczególną popularnością w obrocie gwarancji "bezwarunkowej" i "na pierwsze żądanie" strony uzależniają zazwyczaj ciężący na gwarancie obowiązek zapłaty jedynie od skierowania doń przez beneficjenta żądania zapłaty ewentualnie połączonego z jego oświadczeniem, że zabezpieczane zobowiązanie nie zostało wykonane przez dłużnika.

Sąd Najwyższy wyjaśnił ponadto, że ustalenie wynikającego z treści gwarancji stopnia zależności między zobowiązaniem gwaranta a istnieniem (ważnością), treścią i zdarzeniami (zwłaszcza niewykonaniem zobowiązania) dotyczącymi zabezpieczanego zobowiązania jest kwestią wykładni oświadczeń woli stron umowy gwarancji (art. 65 k.c.), uwzględniającej cały ich kontekst w aspekcie treści, jak i okoliczności, w których zostały złożone (por. też wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2013 r., IV CSK 569/12, nie publ., z dnia 29 listopada 2013 r., I CSK 90/13, OSNC-ZD 2015, Nr 1, poz. 12). Samo

posłużenie się zwyczajową formułą gwarancji "bezwarunkowej" i "na pierwsze żądanie" - jakkolwiek stanowiące bardzo ważną wskazówkę co do woli stron (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09) - nie ma jeszcze znaczenia przesądzającego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12). Z drugiej strony, samo nawiązanie w treści gwarancji - co jest sytuacją typową - do stosunku prawnego, z którego ma wynikać zabezpieczane zobowiązanie, nie przesądza o pośredniej (za pośrednictwem zarzutów opartych na treści gwarancji) "akcesoryjności" zobowiązania gwaranta (por. art. 5.A zd. 2 Jednolitych Reguł dla Gwarancji Płatnych na Żądanie - Uniform Rules for Demand Guarantees - przyjętych przez Międzynarodową Izbę Handlową w dniu 3 grudnia 2009 r., Publikacja MIH nr 758; art. IV.G. - 3:101 (1) Draft Common Frame of Reference). Cel gwarancji, którym jest udzielenie zabezpieczenia wierzycielowi (beneficjentowi gwarancji) na wypadek, gdyby dłużnik nie wykonał określonego obowiązku, może być realizowany zarówno przez zabezpieczenia akcesoryjne (np. poręczenie), jak i nieakcesoryjne. W przypadku nieakcesoryjnej gwarancji sama przez się okoliczność, że świadczenie gwaranta nie zrealizuje celu zabezpieczenia (np. zabezpieczane zobowiązanie było nieważne albo jego podstawa odpadła) nie dezaktualizuje jego zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 2015 r., III CSK 155/14) i ma w zasadzie tylko to znaczenie, że czyni zapłatę nienależną w relacji między dłużnikiem, a beneficjentem gwarancji (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09 oraz z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 307/15, nie publ.). Gwarancja ma zwykle stwarzać zabezpieczenie pewne i szybkie w realizacji, a celowi temu sprzeciwiałoby się wklęcie stron stosunku gwarancji w spór co do istnienia, ważności i kwestii niewykonania zabezpieczanego zobowiązania. Tylko w wyjątkowych przypadkach niezgodność żądania zapłaty z celem gwarancji może uzasadniać powołanie się przez gwaranta względem beneficjenta na zarzut nadużycia prawa (por. uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, Nr 10, poz. 135; wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 307/15, z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15).

Z treści Gwarancji, z której powódka wywodzi swe żądanie, wynika jasno, że jest to Gwarancja „na pierwsze wezwanie”, „bezwarunkowa” i „nieodwołalna”. Stanowi to istotną wskazówkę co do tego, że zgodnie z wolą stron zobowiązanie Gwaranta nie miało – przynajmniej w zasadzie - zależeć bezpośrednio od ziszczenia się jakichkolwiek przesłanek ("warunków") materialnoprawnych, leżących poza stosunkiem gwarancji, w tym od przysługiwania beneficjentowi uprawnień z tytułu nienależytego wykonania Umowy (z tytułu rękojmi). Z kolei dla podważenia tej niezależności z pewnością nie wystarczałoby jednoznaczne nawiązanie w jej treści do § 12 ust. 2 Umowy (podobnie jak nawiązano do § 12 ust. 1), wskazujące jedynie na cel zabezpieczenia „w części równej 30%”. Również samo powiązanie terminu ważności tej części Gwarancji z „upływem” odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu rękojmi nie oznacza, że zobowiązanie Gwaranta jest ściśle warunkowane powstaniem i istnieniem takiej odpowiedzialności. Przeczy temu już samo wyznaczenie ram czasowych ważności gwarancji „w części równej 30%” z zastosowaniem dwóch sztywnych terminów (dzień 11 lutego 2014 r. jako początek i dzień 26 lutego 2015 r. jako ostateczny, końcowy termin), które oznacza, że strony zdawały sobie sprawę z możliwości przesunięcia zakładanego okresu trwania rękojmi – liczonego zgodnie z Umową od bezusterkowego odbioru końcowego robót i wydania przez Wykonawcę dokumentów gwarancyjnych - i zmierzały do ochrony Gwaranta przed nadmiernym rozciągnięciem jego odpowiedzialności w czasie. Zgodnie z treścią Gwarancji jej ważność „w części równej 30%” rozpoczynała się w dniu 11 lutego 2014 r. i wygasła najpóźniej w dniu 26 lutego 2015 r. niezależnie od tego, czy i z jakich przyczyn okres rękojmi za wady uległ przesunięciu (w stosunku do przewidywanego czasu) i czy w tym czasie Zamawiający miał w ogóle podstawy do pociągnięcia Wykonawcy do jakiegokolwiek odpowiedzialności (mógł skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi). Skoro zaś Gwarancja „w części równej 30%” mogła powstać i wygasnąć niezależnie od tego, czy Zamawiający mógł skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, to nie można twierdzić, że zobowiązanie Gwaranta było bezpośrednio uzależnione od powstania i istnienia – w chwili żądania zapłaty - odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu rękojmi. Istotne znaczenie ma także ścisła wykładnia postanowień Gwarancji, przygotowanych przez przedsiębiorcę,

od którego można oczekiwać szczególnej staranności przy formułowaniu przesłanek jego surowej odpowiedzialności. Tymczasem z postanowień tych nie wynika wyraźnie, że obowiązek uczynienia zadość żądaniu zapłaty - zarówno „w wysokości 100%”, jak i „w części równej 30%” - był uzależniony od powstania, istnienia i zakresu odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania robót (z tytułu rękojmi). Obowiązek ten został uzależniony tylko od otrzymania od Zamawiającego wezwania na piśmie, przesłanego za pośrednictwem banku prowadzącego jego rachunek z potwierdzeniem, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Zamawiającego. W rezultacie nie można zgodzić się ze skarżącym, że o bezzasadności żądania powódki miałyby przesądzać okoliczność, iż w ogóle nie nabyła ona uprawnień z tytułu rękojmi albo w ogóle nie powstała odpowiedzialność Wykonawcy z tego tytułu.

Nie oznacza to jeszcze, że Gwarancja „w części równej 30%” nie była w żaden sposób zależna od odpowiedzialności z tytułu rękojmi, co zresztą zauważył też Sąd Apelacyjny. Zgodnie bowiem z jej treścią obowiązywała ona do piętnastego dnia „licząc od dnia upływu rękojmi za wady”. W ten zatem sposób – i tylko w ten - materialnoprawne zdarzenie dotyczące zabezpieczanego stosunku prawnego uzyskało bezpośrednie znaczenie dla odpowiedzialności Gwaranta. Wprawdzie nie została ona bezpośrednio uzależniona od powstania uprawnień Zamawiającego z tytułu rękojmi ani powstania odpowiedzialności Wykonawcy z tego tytułu, jednakże „upływ rękojmi za wady” mógł skutkować wygaśnięciem Gwarancji „w części równej 30%” przed dniem 26 lutego 2015 r.

Zgodnie z naturą gwarancji „na pierwsze wezwanie”, „bezwarunkowej” i „nieodwołalnej” oraz dyrektywą ścisłej wykładni sformułowań Gwarancji, pojęcie „upływu rękojmi za wady” powinno być rozumiane ściśle. W związku z tym należy stwierdzić, że oznaczona w Gwarancji dodatkowa względem daty 26 lutego 2015 r., elastyczna granica czasowa odpowiedzialności Gwaranta została powiązana z „upływem” ogólnego okresu, w którym na Wykonawcy spoczywa odpowiedzialność z tytułu rękojmi. Z tego punktu widzenia nie jest zatem istotne, czy i kiedy została wykryta określona wada albo czy powinna być ona wykryta, ani to, czy i kiedy Wykonawca został o tym powiadomiony. Ewentualna utrata

uprawnień z tytułu rękojmi w związku z niedochowaniem wymaganych aktów staranności (por. art. 563 w związku z art. 638 w związku z art. 656 § 1 k.c.) może dotyczyć konkretnej wady (wskutek niezawiadomienia o jej wykryciu) albo wad określonej kategorii (takich, które nie zostały wykryte, ale powinny zostać wykryte przez zbadanie obiektu w czasie i w sposób przyjęty przy obiektach tego rodzaju, co skutkowało brakiem niezwłocznego zawiadomienia), nie powoduje zaś całkowitego wyłączenia odpowiedzialności z tytułu rękojmi (wchodzi ona w rachubę w odniesieniu do pozostałych wad), do której dochodzi w zasadzie tylko wskutek upływu czasu. Właśnie z tego względu w art. 151 ust. 3 p.z.p. jest mowa o obowiązku zwrotu kwoty pozostawionej na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie później niż w 15. dniu „po upływie okresu rękojmi za wady” i tak też należy rozumieć „upływ rękojmi za wady”, o którym mowa w Gwarancji. Już zatem z tej przyczyny nie mogły okazać się skuteczne zarzuty skarżącego zasadzające się na tezie, że odpowiedzialność Gwaranta wygasła wskutek samego niedochowania przez powódkę różnych aktów staranności.

Nie można też zgodzić się ze skarżącym, że przewidziany Umową (§ 9 ust. 4) dwunastomiesięczny okres rękojmi za wady rozpoczął bieg z dniem przekazania powódce placu budowy (2 września 2013 r.), a tym samym, że Gwarancja wygasła przed żądaniem zapłaty skierowanym przez powódkę do Gwaranta w dniu 19 lutego 2015 r. Zgodnie z § 9 ust. 6 Umowy bieg terminu rękojmi za wady rozpoczynał się w dniu bezusterkowego odbioru końcowego danego etapu zamówienia i wydania przez Wykonawcę dokumentów gwarancyjnych albo - w razie warunkowego odbioru uregulowanego w § 8 ust. 3 Umowy - od daty usunięcia braków. Z ustaleń faktycznych wynika, że żadna z tych okoliczności nie wystąpiła. Tym niemniej Sąd Apelacyjny ocenił, że roczny termin rękojmi rozpoczął bieg w dniu jednostronnego sporządzenia przez powódkę protokołu inwentaryzacji robót w toku. Pogląd ten ma pewne oparcie w § 11 ust. 5 pkt 3 Umowy, przewidującym przypadek, w którym Zamawiający może sporządzić taki protokół samodzielnie. Wprawdzie dotyczył on wprost tylko sytuacji, w której Wykonawca nie dokonał zgłoszenia do odbioru robót przerwanych - co in casu nie miało miejsca - jednakże można bronić poglądu, że analogicznie należało ocenić sytuację, w której mimo zgłoszenia do obrotu robót przerwanych Wykonawca nie sporządził,

wbrew obowiązki, protokołu inwentaryzacji robót w toku. Z ustaleń wynika zaś, że choć Wykonawca przygotowywał taką inwentaryzację, to nie nastąpiła ona w dniu 14 sierpnia 2013 r. (jeszcze w listopadzie 2013 r. zapowiadał przedstawienie wyników kamerowania do 29 listopada 2013 r.), a rozliczenie dla zinwentaryzowanych robót przerwanych przedstawił dopiero po sporządzeniu przez powódkę protokołu inwentaryzacji robót w toku, a więc po 14 marca 2014 r. (zgodnie z § 11 ust. 5 pkt 3 Umowy protokół taki miał stanowić podstawę do sporządzenia przez Wykonawcę kosztorysu robót budowlanych w toku, który - po zatwierdzeniu przez Zamawiającego - miał być podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury VAT). Dlatego też można twierdzić, że ostateczne jednostronne sporządzenie inwentaryzacji robót w toku przez Zamawiającą powinno być zrównane w skutkach - jeżeli chodzi o rozpoczęcie biegu terminu rękojmi - z odbiorem końcowym danego etapu zamówienia. Mimo to kwestię tę należy ocenić jako dyskusyjną, gdyż w § 9 ust. 6 Umowy rozpoczęcie biegu terminu rękojmi powiązано tylko z bezusterkowym odbiorem końcowym danego etapu zamówienia, a inwentaryzacja robót w toku na taką bezusterkowość nie wskazywała. Wskazywałoby to, że roczny termin rękojmi w ogóle nie rozpoczął biegu. W żadnym zaś razie nie można uznać, że rozpoczął bieg w dniu przekazania Zamawiającemu placu budowy (2 września 2013 r.), skoro jeszcze w listopadzie 2013 r. trwało przygotowywanie przez Wykonawcę inwentaryzacji robót w toku - która dopiero, podobnie jak odbiór końcowy danego etapu kontraktu, była podstawą rozliczeń stron - a przedstawienie przez Wykonawcę własnego rozliczenia zinwentaryzowanych robót przerwanych nastąpiło dopiero po 14 marca 2014 r. (por. pismo z dnia 1 lipca 2015 r.).

Odrębną kwestią jest wpływ podnoszonych przez skarżącego okoliczności na możliwość powołania się przez Gwaranta na zarzut nadużycia prawa przez powódkę, zasadzający się na tezie, że nie przysługiwały jej żadne uprawnienia z tytułu rękojmi, a skierowane do Gwaranta żądanie zapłaty jest sprzeczne z celem Gwarancji. Jak już wspomiano, zarzut taki jest dopuszczalny jedynie wyjątkowo, przede wszystkim wtedy, gdy niecelowość zapłaty jest oczywista (np. dłużnik poinformował gwaranta i wykazał dokumentem, że zabezpieczone zobowiązanie wygasło wskutek zapłaty albo że umowa, z której wynikało to zobowiązanie, została

rozwiązana) albo doszło do zмовы zainteresowanych (por. uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, Nr 10, poz. 135; wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 307/15, z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15 i z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17).

W okolicznościach niniejszej sprawy należy mieć przede wszystkim na względzie - co akcentował Sąd Apelacyjny - że treść udzielonej Gwarancji nie wskazywała w sposób jednoznaczny, iż „w części równej 30%” zabezpieczała jedynie uprawnienia z tytułu rękojmi, a w rachubę wchodziły także ograniczone – po bezusterkowym odbiorze robót - roszczenia Zamawiającego z tytułu ogólnej odpowiedzialności za ich nienależyte wykonanie. Nawet jednak, gdyby uznać, że cel tej części Gwarancji był węższy, powstawałoby pytanie, jaki jest sens zabezpieczenia uprawnień z rękojmi, a w szczególności uprawnienia do odstąpienia od Umowy. Już prima facie nasuwa się myśl, że może tu chodzić jedynie o zabezpieczenie roszczeń pieniężnych, w tym odszkodowawczych (por. art. 566 § 1 w związku z art. 638 w związku z art. 656 § 1 k.c.), związanych ze skorzystaniem z uprawnienia do odstąpienia od Umowy. I przede wszystkim w tym świetle powinna być oceniana zgodność żądania powódki z art. 5 k.c.

Z poczynionych w sprawie ustaleń wynika, że żądanie zapłaty powódka skierowała do Gwaranta w dniu 19 lutego 2015 r. Nastąpiło to zatem po odstąpieniu od Umowy, najpierw przez powódkę (19 lipca 2013 r.), a następnie przez Wykonawcę (25 września 2013 r.), po okresie przygotowywania inwentaryzacji robót w toku, sporządzeniu przez powódkę jednostronnej inwentaryzacji robót w toku, przekazaniu przez Wykonawcę powódce własnego rozliczenia dla zinwentaryzowanych robót przerwanych, zakwestionowaniu tego rozliczenia przez Zamawiającego z powołaniem się na nieprawidłowości robót, czemu Zamawiający zaprzeczał, a także po powierzeniu dokończenia robót innemu wykonawcy. W tym czasie strony pozostawały w sporze co do zaistnienia przesłanek odstąpienia od Umowy i jego skutków, prawidłowości inwentaryzacji i rozliczenia robót w toku oraz wadliwości obiektu, będącego rezultatem prac II etapu. Należy mieć także na względzie, że treść Umowy nie daje jasnej odpowiedzi na pytanie, jak powinien postąpić Zamawiający, gdy po dokonanym odstąpieniu, w ramach inwentaryzacji

robót w toku stwierdził istnienie wad nieusuwalnych wykonanego obiektu, uniemożliwiających korzystanie z niego zgodnie z przeznaczeniem, co - zgodnie z regułami ogólnymi - wyłącza wezwanie do usunięcia wad oraz obowiązek odbioru obiektu z wadami (por. co do umowy o dzieło wyroki z dnia 26 lutego 1998 r., I CKN 520/97, OSNC 1998, nr 10, poz. 167, z dnia 7 stycznia 2004 r., III CK 188/02, nie publ., z dnia 18 stycznia 2012 r., II CSK 213/11, OSNC-ZD 2013, z. B, poz. 31, z dnia 15 marca 2012 r., I CSK 287/11, OSNC 2012, nr 11, poz. 131, z dnia 23 sierpnia 2012 r., II CSK 21/12, nie publ., z dnia 27 listopada 2013 r., V CSK 544/12, nie publ., z dnia 21 stycznia 2015 r., IV CSK 214/14, OSP 2015, nr 12, poz. 120, postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2015 r., III CZP 8/15, nie publ. i z dnia 30 maja 2018 r., IV CSK 12/18, nie publ., co do mowy o roboty budowlane - por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2019 r., II CSK 477/18, niepubl.). Zgodnie z § 11 ust. 5 pkt 3 Umowy podstawą wypłaty wynagrodzenia za przerwane roboty był sporządzony przez Wykonawcę i zatwierdzony przez Zamawiającego kosztorys, przygotowany na podstawie sporządzonego przy udziale Zamawiającego protokołu inwentaryzacji robót w toku. W związku z tym może być dyskusyjne, czy w razie wykrycia istotnych i nieusuwalnych wad obiektu Zamawiający powinien dokonać dodatkowego odstąpienia od Umowy ze skutkiem *ex tunc* także w odniesieniu do robót przerwanych (jak przyjmował Sąd pierwszej instancji) - co zakładałoby jedynie prospektywny skutek pierwotnego odstąpienia - czy też wystarczy odmowa przyjęcia i zatwierdzenia rozliczenia przedstawionego przez Wykonawcę. Podobnie nie jest oczywiste, czy także w takiej sytuacji - uwzględniając przyczynę pierwotnego odstąpienia od Umowy (bezczyność Wykonawcy) - Zamawiający mógł powierzyć dalsze wykonanie przedmiotu umowy innemu podmiotowi na koszt Wykonawcy, tak jak to przewidziano w Umowie w razie odstąpienia uzasadnionego bezskutecznym upływem terminu wyznaczonego do zmiany wadliwego (sprzecznego z Umową) sposobu wykonywania przedmiotu Umowy (por. 11 ust. 6 Umowy). Także te wątpliwości - niezależnie od dotyczących zamierzonego celu (zakresu) zabezpieczenia Gwarancją „w części równej 30%” - nie pozwalają uznać żądania powódki za oczywiście bezpodstawne z punktu

widzenia stosunku podstawowego, a tym samym stanowiące nadużycie prawa (art. 5 k.c.).

Z tych względów, na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c., Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji.

jw