

Sygn. akt I ACa 921/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 marca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Zbigniew Merchel

Sędziowie: SA Barbara Lewandowska

SA Jakub Rusiński (spr.)

Protokolant: sekr. sądowy Agnieszka Kisicka

po rozpoznaniu w dniu 23 lutego 2016 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa syndyka masy upadłości (...) Spółka Akcyjna w upadłości likwidacyjnej w W.

przeciwko Gminie M. G.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 30 marca 2015 r. sygn. akt IX GC 696/14

I. prostuje niedokładność w rubrum i sentencji zaskarżonego wyroku poprzez prawidłowe określenie strony powodowej jako: „syndyk masy upadłości (...) Spółka Akcyjna w upadłości likwidacyjnej w W.”;

II. oddala apelację;

III. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy.

Sygn. akt I ACa 921/15

UZASADNIENIE

Powód syndyk masy upadłości (...) Spółki Akcyjnej w upadłości likwidacyjnej w W. w pozwie wniesionym przeciwko pozwanemu Gminie M. G. domagał się zapłaty kwoty 8.761,690,11zł wraz z odsetkami ustawowymi i kosztami procesu.

Pozwana Gmina M. G. wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu.

Wyrokiem z dnia 30 marca 2015 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku oddalił powództwo (pkt I) i zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (pkt II). Swoje rozstrzygnięcie oparł na ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych szczegółowo przedstawionych w uzasadnieniu wyroku. Wynika z nich, że w dniu 10 kwietnia 2009 r. Gmina M. G. (jako zamawiający), reprezentowana przez Biuro (...) spółkę z

ograniczoną odpowiedzialnością w G. (spółkę celową utworzoną przez Gminę M. G. na podstawie przepisów ustawy z dnia 7 września 2007 r. o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012) oraz wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia: (...) Spółka Akcyjna w W., (...) Spółka Akcyjna w W., Alpinie (...) Deutschland (...) Oddział (...) w B., (...) w W. oraz (...) spółka z o. o. w K., zawarli umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie drugiego etapu robót budowlanych dotyczących budowy Areny Bałtyckiej – stadionu piłkarskiego w G. (...)y. Umowa była dwukrotnie zmieniana – na podstawie Aneksu nr (...) z 13 stycznia 2011 r. i Aneksu nr (...) z 2 kwietnia 2012 r. Na treść tej umowy składały się również Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz z modyfikacjami i wyjaśnieniami, Warunki Szczególne Kontraktu, Warunki Kontraktowe dla budowy dla robót inżynieryjno – budowlanych projektowanych przez zamawiającego opracowane przez (...) (warunki Kontraktowe dla (...) dla robót inżynieryjno – budowlanych projektowanych przez zamawiającego), Specyfikacje Techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, dokumentacja projektowa, rysunki i wykazy oraz oferta wykonawcy z załącznikami wyszczególnionymi w SIWZ.

Przedmiot kontraktu podlegał udzielonej przez Wykonawcę gwarancji jakości zgodnie z klauzulami (...) i (...) Warunków Szczególnych Kontraktu w wymiarze od 3 do 10 lat od daty wystawienia Świadczenia Przejęcia. Wykonawca zobowiązał się do wniesienia Zabezpieczenia Wykonania Umowy w wysokości 5 % Zaakceptowanej Kwoty Umownej brutto (ceny ofert z podatkiem VAT), w szczególności w postaci gwarancji bankowych.

Zamawiający był uprawniony do wypowiedzenia kontraktu (klauzula (...) Warunków Kontraktowych) jeśli wykonawca:

a) nie zastosuje się do postanowienia klauzuli 4.2 [Zabezpieczenie Wykonania], lub do wezwania, wydanego na mocy klauzuli 15.1 [Wezwanie do naprawy uchybienia],

b) opuszcza Roboty lub w inny sposób jasno okazuje zamiar odstąpienia od wykonywania zobowiązań objętych Kontraktem,

c) bez racjonalnego usprawiedliwienia:

- nie prowadzi (...) zgodnie z rozdziałem 8 [Rozpoczęcie, opóźnienia i zawieszenie], lub
- nie zastosuje się do wezwania, wydanego na mocy klauzuli (...) [Odrzucenie] lub klauzuli (...) [Prace zabezpieczające i naprawcze], w ciągu 28 dni od daty jego otrzymania,

d) podzleci całość (...) lub sceduje Kontrakt bez wymaganej zgody,

zbankrutuje lub okaże się niewypłacalny, przejdzie w stan likwidacji, zostanie objęty nakazem przejścia lub zarządu przymusowego, ułoży się z wierzycielami, lub będzie prowadził działalność pod nadzorem komisarza, syndyka lub zarządcy w imieniu wierzycieli, lub jeśli nastąpi działanie lub wydarzenie o skutkach podobnych w świetle obowiązującego Prawa do wyżej wymienionych.

W przypadku rozwiązania umowy przez zamawiającego według subklauzuli (...), zamawiający był uprawniony do żądania od wykonawcy zapłaty kary umownej w wysokości 20 % Zaakceptowanej Kwoty Umownej (tj. wynagrodzenie należne wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy), przy czym zastrzeżenie tej kary nie naruszało uprawnień zamawiającego do dochodzenia odszkodowania za szkodę przewyższającą zastrzeżoną karę, na zasadach ogólnych.

W myśl klauzuli (...) umowy, zaistnienie okoliczności, które zgodnie z klauzulą (...) były podstawą do rozwiązania kontraktu upoważniało zamawiającego do zgłoszenia żądania płatności z Zabezpieczenia Wykonania (Gwarancja) z wyjątkiem kwot, do których zamawiający będzie miał prawo na mocy kontraktu m.in. w przypadku nie zapłacenia przez wykonawcę kwoty uzgodnionej z wykonawcą, jako należna lub ustalona na mocy klauzuli (...) [Roszczenie Zamawiającego] lub rozdziału 20 [Roszczenia, spory i arbitraż] w ciągu 42 dni po takim uzgodnieniu lub ustaleniu.

Zgodnie z klauzulą (...) Warunków Kontraktu zamawiający lub inżynier winni powiadomić wykonawcę, jeżeli zamawiający uzna, że przysługuje mu roszczenie o przedłużenie Okresu Zgłaszania Wad lub roszczenie o zapłatę czy to na podstawie którejkolwiek klauzuli tych Warunków, czy na innej podstawie związanej z kontraktem. Takie powiadomienie powinno zawierać szczegóły. Powiadomienie nie było potrzebne dla płatności należnych na mocy klauzuli (...) [Elektryczność, woda, gaz] oraz klauzuli (...) [Sprzęt Zamawiającego i przedmioty udostępniane bezpłatnie], lub dla innych usług, świadczonych na żądanie wykonawcy. Powiadomienie należało przekazać tak szybko, jak tylko było to możliwe po tym, gdy zamawiający dowiedział się o okoliczności dającej podstawę do tego roszczenia. Powiadomienie odnoszące się do przedłużenia Okresu Zgłaszania Wad należało przekazać przed upływem tego okresu. Szczegóły roszczenia winny wskazywać na klauzulę kontraktu lub inną podstawę do roszczenia, a także zawierać uzasadnienie kwoty zapłaty czy też przedłużenia Okresu Zgłaszania Wad, do których zamawiający uznawał się za uprawnionego w związku z kontraktem. Inżynier winien w takim przypadku postąpić zgodnie z klauzulą (...) [Ustalenia], aby uzgodnić lub ustalić należną (i) kwotę do zapłaty zamawiającemu przez Wykonawcę, czy też (ii) przedłużenie Okresu Zgłaszania Wad na mocy klauzuli (...) [Przedłużenie Okresu Zgłaszania Wad].

Zgodnie z klauzulą 4.2 Warunków Kontraktu (akapit piąty) zamawiający miał powetować wykonawcy i zabezpieczyć go od wszelkich szkód, strat i wydatków włącznie z kosztami sądowym i opłatami, powstałymi w następstwie roszczeń zamawiającego na mocy zabezpieczenia wykonania w granicach, w jakich zamawiający nie był uprawniony do roszczeń.

Zgodnie z klauzulą (...) Warunków Szczególnych Kontraktu na zlecenie (...) S.A., B. E. S. de (...) S.A. Spółki Akcyjnej w L. Oddział w Polsce (dalej nazywany w skrócie bankiem lub (...)) udzieliła na rzecz beneficjenta – Gminy M. G. gwarancję nr (...), w której zobowiązała się nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłacić beneficjentowi każdą kwotę do wysokości 7.891.083,56 zł na pierwsze pisemne żądanie beneficjenta, właściwie podpisane, stwierdzające, że wykonawca nie wypełnił lub nienależycie wypełnił swoje zobowiązania wynikające z umowy z 10 kwietnia 2009 r. w okresie rękojmi lub gwarancji jakości lub stwierdzające, że na 30 dni przed upływem ważności tej gwarancji wykonawca nie przedłożył beneficjentowi zabezpieczenia wykonania umowy na okres rękojmi i gwarancji od 28 sierpnia 2019 r. do upływu 15 dni od zakończenia najdłuższego okresu gwarancyjnego lub okresu rękojmi.

Gwarancja została wystawiona w wykonaniu umowy ramowej nr (...) zawartej 20 sierpnia 2010 r. między (...) S.A., (...) S.A., (...) S.A. (4 stycznia 2012 r. nastąpiło połączenie tej spółki z (...) S.A., zgodnie z art. 492 § 1 ust. 1 k.s.h., w drodze przejęcia spółki przejmowanej (...) S.A.) i (...) S.A. z (...), zmienionej Anekssem Nr (...) z 4 kwietnia 2011 r., umowy gwarancji zawartej 20 sierpnia 2010 r. pomiędzy (...) S.A. ze wskazanym bankiem oraz na podstawie zlecenia udzielenia gwarancji z 25 lipca 2011 r.

W myśl zawartych umów (...) S.A. (jako gwarant) nieodwołalnie i bezwarunkowo gwarantowała bankowi terminowe i całkowite wypełnienie przez (...) S.A., (...) S.A. i (...) S.A. zobowiązań wynikających z umowy ramowej numer (...) z 20 sierpnia 2010 r. i umowy zawartej na skutek przyjęcia przez (...) S.A., (...) S.A., (...) S.A. i (...) S.A. Oferty Produktu n. (...) /2010 z 20 sierpnia 2010 r. oraz należyte i terminowe spłacenie bankowi przez te spółki wszystkich bieżących lub przyszłych należności wynikających z tych umów lub z nimi związanych w terminach, kiedy takie należności staną się wymagalne, a także zobowiązała się wobec banku, że w razie opóźnienia się przez spółki z płatności jakiegokolwiek kwoty wynikającej z umowy lub związanej z umową na żądanie banku zapłaci także zaległą kwotę do wysokości 225.000.000 zł w tym z odsetkami naliczonymi według określonej w umowie stopy rocznej, płatnej przez spółki w stosunku do tej kwoty, od dnia, w którym była ona wymagalna od gwaranta zgodnie z umową do dnia pełnej zapłaty oraz z prowizjami, kosztami i innymi kwotami należnymi na podstawie umowy, tak, jakby to gwarant był dłużnikiem głównym.

Zgodnie z treścią pkt 9 Ogólnych Warunków dla Gwarancji, (...) S.A. zobowiązana była do zwrotu bankowi wszelkich związanych z tym kosztów (wliczając w to opłaty banków i innych instytucji pośredniczących oraz uzasadnione koszty obsługi prawnej) i wydatków (w tym tłumaczenia, przesyłki, powiadomienia, etc.), jakie zostały przez nią poniesione w związku z wykonywaniem zlecenia i utrzymywaniem zabezpieczeniem.

Na zabezpieczenie wykonania zobowiązań wynikających z Umowy Ramowej lub z Umów Produktu, (...) S.A. (...) S.A., (...) S.A. oraz (...) spółka z o.o. zawarły z (...) również umowy gwarancji analogiczne do podpisanej 20 sierpnia 2010 r. z (...) S.A., jak również ustanowiły inne wymagane przez bank zabezpieczenia. W szczególności w myśl pkt 4 b Umowy Ramowej i Załącznika A do Umowy Ramowej w części dotyczącej „gwarancji korporacyjnej”, a także pkt 3 Aneksu nr (...) do Umowy Ramowej, wskazane spółki potwierdziły ważność umów gwarancji, na mocy których gwarantowały wykonanie zobowiązań z umowy oraz umów o wystawienie gwarancji. Produktem którego dotyczyła umowa produktu była przy tym gwarancja bankowa zgodnie z treścią Załącznika A do Umowy Ramowej – Oferty Produktu n. (...) /2010.

Kontrakt został wykonany 18 lipca 2011 r., przy czym w Świadectwie Przejęcia przedmiotu robót wskazano szereg drobnych zaległych prac i wad, które zostały następnie wymienione w aneksie nr (...) do umowy.

Wcześniej z powodu kwestii spornych co do jakości wykonania przedmiotu umowy powołana została Komisja Rozjemcza, która przedłużyła termin wykonania umowy na okres do 30 czerwca 2011 r., jak również uznała roszczenie zamawiającego względem wykonawcy za uzasadnione. Komisja zmieniła także skutek zmiany wysokości podatku od towaru i usług, kwotę brutto wynikająca z kontraktu.

W dniu 2 kwietnia 2012 r. został podpisany Aneks nr (...) do kontraktu, w którym uregulowane zostały kwestie dotyczące zmiany wynagrodzenia, należnych zamawiającemu kar umownych, zrzeczenia się wzajemnych roszczeń oraz wykonania i/lub naprawy drobnych robót zaległych lub wad wymienionych w Świadectwie Przejęcia. W § 3 pkt 3 tego aneksu do umowy ustalono, że zapłata ceny umownej (z zastrzeżeniem postanowień § 4 – dotyczącym prac niewykonanych i wadliwych) zostanie dokonana na podstawie Przejściowego Świadectwa Płatności, wystawionego przez Inżyniera Kontraktu w ciągu 7 dni od zawarcia aneksu. Z kolei w myśl § 4 tego aneksu wszelkie roboty wymienione w Świadectwie Przejęcia jako drobne roboty zaległe lub wady, miały zostać wykonane lub odpowiednio naprawione w terminach określonych w Załączniku nr 2 do aneksu (Harmonogram prac) z wyłączeniem kompleksowego malowania dźwigarów dachowych, które miały zostać wykonane w ciągu 30 dni od pisemnego wezwania skierowanego do wykonawcy przez zamawiającego, które miało zostać wystosowane nie wcześniej niż 30 czerwca 2012 r. W przypadku niewykonania w ustalonych terminach tych prac z przyczyn leżących po stronie wykonawcy zamawiający był uprawniony do odstąpienia od umowy w każdym zakresie, w którym terminowo nie wykonano robót, na podstawie pisemnego oświadczenia, po uprzednim wyznaczeniu wykonawcy dodatkowego 3-dniowego terminu na ich wykonanie. Odszkodowanie za nienależyte wykonanie lub za niewykonanie zobowiązań wykonawcy nie podlegało jakimkolwiek ograniczeniu, w tym zamawiający był uprawniony do obciążenia wykonawcy pełnymi kosztami ewentualnego wykonania zastępczego.

W dniu 2 kwietnia 2012 r. zostało wystawione także Przejściowe Świadectwo Płatności, na mocy którego zatrzymano od Wykonawcy na poczet wykonania prac zaległych określonych w załączniku nr 2 do aneksu nr (...) kwotę 9.800.000 zł netto (12.054.000 zł brutto).

Postanowieniem Sądu Rejonowego Poznań-Stare Miasto w P. z 13 września 2012 r. w sprawie o sygn. akt XI GUp 27/12 ogłoszono (...) S.A. w W.. Pismem z 27 listopada 2012 r. syndyk masy upadłości (...) S.A. powołując się na przepis 98 Prawa upadłościowego i naprawczego oraz uchwałę Rady Wierzycieli nr 25 z 19 października 2012 r. złożył Biuro (...) spółce z o. o. oświadczenie o odstąpieniu od umowy z 10 kwietnia 2009 r. zawartej z Gminą M. G. wraz ze zmieniającymi ją indeksami.

Zamawiająca kilkakrotnie wzywała syndyka masy upadłości (...) S.A. do wykonania zaległych prac pod rygorem odstąpienia od umowy na podstawie § 4 ust. 4 aneksu nr (...) do umowy, ale te roboty zaległe i wady nie były usuwane.

Syndyk masy upadłości (...) S.A. przygotował propozycję zawarcia porozumienia regulującego kwestię prac zaległych oraz wad i usterek, ale zostało one odrzucone przez zamawiającego jako niekorzystne dla Gminy M. G..

W dniu 27 czerwca 2013 r. w związku z bezskutecznym upływem terminu na wykonanie zaległych robót wyznaczonym w piśmie z 28 maja 2013 r., zamawiający odstąpił od umowy z 10 kwietnia 2009 r. w części dotyczącej wykonania

wszystkich robót zaległych i usunięcia wad wymienionych w załączniku nr 2 do aneksu nr (...). Oświadczył również, że nie istnieje po jego stronie zobowiązanie do świadczenia pieniężnego w kwocie brutto 12.054.000 zł, stanowiącej łączną wartość niewykonanych świadczeń.

Pismem z 3 lipca 2013 r. zamawiający wezwał wykonawcę do zapłaty kwoty 7.891.083,56 zł tytułem należnej zamawiającemu kary umownej przewidzianej w subklauzuli (...) Warunków Szczególnych umowy, w terminie do 8 lipca 2013 r.

W dniu 19 lipca 2013 r. Prezydent Miasta G. działając na rzecz pozwanego - Gminy M. G. wezwał (...) do zapłaty na podstawie gwarancji nr (...) z 26 lipca 2011 r. kwoty 7.891.083,56 zł z uwagi na fakt, iż wykonawca nie wypełnił swoich zobowiązań wynikających z umowy w okresie obowiązywania rękojmi i gwarancji jakości.

Pismem z (...) lipca 2013 r. (...) wezwał (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej do zapłaty kwoty 7.891.083,56 zł do 8 sierpnia 2013 r.

Pismem z 6 sierpnia 2013 r. pełnomocnik powoda - syndyka masy upadłości (...) S.A. wezwał pozwanego do niezwłocznego wycofania żądania wypłaty z gwarancji.

(...) S.A. w upadłości układowej w W. oraz powód podejmowali próby wstrzymania płatności z gwarancji wnosząc o udzielenie zabezpieczenie roszczenia przeciwko Gminie M. G. i B. E. S. de (...) S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w W., ale ich wnioski nie zostały pozytywnie uwzględnione.

Nakazem zapłaty wydanym 13 marca 2014 r. w postępowaniu upominawczym Sąd Okręgowy w Gdańsku w sprawie o sygn. akt I Nc 96/14 nakazał B. E. S. de (...) S.A. w L. Oddział w Polsce zapłatę Gminie M. G. kwoty 8.470.051,28 zł z odsetkami ustawowymi od 4 marca 2014 r. oraz kosztami postępowania w kwocie 32.200 zł. W dniu 18 września 2014 r. temu nakazowi zapłaty została nadana klauzula wykonalności.

(...) dokonała zapłaty na rzecz powoda z tytułu gwarancji nr (...) kwot:

- 8.746.766,77 zł – (...) maja 2014 r. (zaznaczając w przelewie, iż zapłata ta stanowiła świadczenie nienależne (art. 410 k.c.) i zastrzega dochodzenie zwrotu tej kwoty w przyszłości),
- 14.923,34 zł – 18 czerwca 2014 r.

Pismem z 18 czerwca 2014 r. (...) ponownie wezwał (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej do zapłaty kwoty 8.761.690,11 zł, dołączając do pisma dowód przelewu wskazanej kwoty przez bank na rzecz Gminy M. G..

Pismem z 14 lipca 2014 r. pełnomocnik powoda wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 8.761.690,11 zł otrzymanej z banku w ramach gwarancji w terminie do 21 lipca 2014 r. Powód odmówił zapłaty pismem z 23 lipca 2014 r.

W dniu 13 stycznia 2015 r. (...) wniosła do Sądu Okręgowego w Gdańsku pozew o zapłatę (nazwany „pозew – interwencja główna”), w którym domagała się zasądzenia od Gminy M. G. kwoty 8.761.690,11 zł z ustawowymi odsetkami od 22 lipca 2014 r. do dnia zapłaty, a ponadto zasądzenia od Gminy M. G. i syndyka masy upadłości (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w W. solidarnie zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 21.600 zł. Postępowanie toczyło się przed Sądem Okręgowym pod sygnaturą akt IX GC 30/15.

Stan faktyczny przedmiotowej sprawy został ustalony przez Sąd I instancji na podstawie dokumentów zaofiarowanych przez strony, w tym również dokumentów z akt sprawy (...) przeciwko pozwanemu o zapłatę w postępowaniu o sygn. akt IX GC 30/15.

Za sporne uznał Sąd a quo okoliczności związane z istnieniem roszczenia pozwanego co do kwoty wypłaconej z gwarancji bankowej przez (...) tytułem kary umownej, przy czym ów zarzut powoda sprowadzał się do kwestii nie tylko dopuszczalności naliczenia przez pozwanego kary umownej, ale również uzyskania zaspokojenia wynikającej z tego tytułu wierzytelności z gwarancji bankowej ustanowionej na zlecenie powoda. Zdaniem powoda żądanie wypłaty

środków z gwarancji dotyczące naliczonej przez pozwanego w piśmie z 3 lipca 2013 r. kary umownej, przewidzianej w subklauzuli (...) Warunków Kontraktu, w kwocie 7.891.083,56 zł, nie miało uzasadnienia materialnoprawnego w stosunku podstawowym.

Nie budziło przy tym wątpliwości Sądu I instancji, iż pozwany w piśmie z 27 czerwca 2013 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z powodem w części dotyczącej wykonania robót zaległych i usunięcia wad wymienionych w załączniku nr 2 do Aneksu nr (...) do Kontraktu. Uprawnienie pozwanego do częściowego odstąpienia od umowy w tej sytuacji wynikało z § 4 ust. 4 Aneksu nr (...) do Kontraktu, choć takiej podstawy złożonego oświadczenia pozwany nie wskazał w złożonym oświadczeniu. Natomiast we wcześniejszym piśmie z 28 lutego 2013 r. pozwany wskazał, że „w przypadku gdy do dnia 5 marca 2013 roku, zobowiązanie te (wykonania robót zaległych i usunięcia wad) nie zostaną wykonane, Zamawiający na podstawie § 4 ust. 4 Aneksu nr (...) będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy w każdym zakresie, w którym terminowo nie wykonano robót bez wyznaczania kolejnego dodatkowego terminu”. Nie oznaczało to jednak automatycznie, iż pozwany odstępując od umowy w części dotyczącej wykonania wszystkich robót zaległych i usunięcia wad wymienionych w załączniku nr 2 do Aneksu nr (...) skorzystał z regulacji przewidzianej w z § 4 ust. 4 Aneksu nr (...). W ocenie Sądu Okręgowego podstawa prawna przedmiotowego uprawnienia pozwanego do odstąpienia od umowy wynikała nie tylko z treści § 4 ust. 4 Aneksu nr (...) do Kontraktu, ale przede wszystkim z art. 491 k.c.

Za nietrafne Sąd a quo uznał twierdzenie powoda dotyczące braku możliwości odstąpienia od umowy wykonanej, gdy powód sam przyznawał, że kontrakt nie został w całości wykonany, a odstąpienie dotyczyło wyłącznie tej części, w której umowy nie wykonano. O ile bowiem kontrakt obejmujący wykonanie stadionu piłkarskiego w G. – (...) został w znacznej części wykonany – co było zdaniem Sądu Okręgowego bezsporne – to pozostawały szczegółowo określone przez strony roboty, które nie zostały wykonane, a tym samym nie było podstaw do twierdzenia, iż w tej części nie można było od umowy odstąpić. Określenie przy tym niewykonanych prac jako „drobne prace zaległe” wynikało tylko z brzmienia klauzuli 10.1 lit a Warunków Kontraktowych, w której określano tak roboty, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie nie wpływało znacząco na możliwość korzystania z przedmiotu prac już wykonanych. Nie oznaczało to jednak, że tak nazwane roboty były pozbawione znaczenia.

Sąd pierwszej instancji zauważył, iż choć przedmiotem kontraktu pozostawało wykonanie drugiego etapu robót budowlanych dotyczących budowy Areny Bałtyckiej – stadionu piłkarskiego w G.(...)y, a wykonanie to potwierdzał fakt przeprowadzenia licznych imprez masowych i wydanie przez inżyniera kontraktu, w trybie klauzuli 10.1 Warunków Kontraktu, Świadcstwa Przejęcia to wskazać należało, że roboty objęte kontraktem zostały ukończone 18 lipca 2011 r. z pominięciem drobnych zaległych prac oraz wad, których dokończenie czy też usunięcie nie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót. Podstawę przejścia robót stanowiły dokumenty wymienione w pkt 3 Świadcstwa Przejęcia, w tym m. in. pozwolenie na użytkowanie (...)03 z 18 lipca 2011 r. Sąd przy tym stwierdził, że pozostała niewykonana część prac przewidzianych umową stron, która miała zostać wykonana – co strony bezspornie wskazywały – a tym samym bez większego znaczenia w ocenie Sądu I intencji pozostawały twierdzenia powoda odnoszące się do jego odpowiedzialności za wady z tytułu rękojmi lub gwarancji jako nie stanowiących elementów przedmiotowo istotnych umów o roboty budowlane. Podkreślenia przy tym wymagało, iż pozwany nie odstępował od umowy stron w całości, a jedynie w części niewykonanych przez powoda zaległych prac. Bez istotnego znaczenia w związku z tym pozostawało również to czy strony łączyła także umowa gwarancyjna, która miała odrębny charakter prawny od umowy o roboty budowlane.

Odstąpienie od umowy nie niweczy przy tym co do zasady uprawnienia pozwanego do żądania kary umownej – wykonanie uprawnienia do odstąpienia od umowy wzajemnej znosi jedynie prawa i obowiązki stron należące do jej istoty, natomiast nie znosi powstałego wcześniej stanu odpowiedzialności z tytułu kary umownej i powstałych wcześniej przesłanek uzasadniających jej zapłatę. Również treść § 4 ust. 5 Aneksu nr (...) nie pozbawiała pozwanego uprawnienia do żądania kary umownej, a jedynie wskazywała na brak ograniczeń odpowiedzialności odszkodowawczej Wykonawcy w określonym tam zakresie. Niewątpliwie przy tym w Aneksie nr (...) nie zastrzeżono na rzecz pozwanego jakiegokolwiek kary umownej z tytułu częściowego odstąpienia od umowy. Natomiast z treści § 4 ust. 5 Aneksu nr (...), w której wskazano, że „odszkodowanie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań

opisanych w § 4 nie podlega jakimkolwiek ograniczeniu” nie odnosiło się w żadnej mierze do kwestii możliwości lub niemożliwości naliczenia kary umownej. To postanowienie umowne wskazywało jedynie na brak ograniczeń odpowiedzialności odszkodowawczej, a nie sposób na podstawie jego treści twierdzić, iż takie sformułowanie powodowało, iż wyłączona była możliwość naliczenia kary umownej w związku z odstąpieniem od umowy.

Zasadność takiego stanowiska nie znajdowało również oparcia w fakcie, iż 2 kwietnia 2014 r. – jednocześnie z podpisaniem Aneksu nr (...) – pozwany na podstawie Przejściowego Świadczenia Płatności nr (...) ze względu na prace zaległe lub wady wstrzymała płatność dla Wykonawcy w kwocie 12.054.000 zł brutto i kwota ta w dalszym ciągu znajdowała się w dyspozycji Gminy M. G.. Kara umowna pełniła nie tylko funkcję odszkodowawczą, a kwestia dysponowania przez pozwanego środkami w kwocie 12.054.000 zł brutto, zdaniem powoda pozwalającymi na wykonanie lub pokrycie kosztów ewentualnych prac zaległych i usunięcie wad lub usterek, nie mogło być oceniane jako rażące nadużycie uprawnień wynikających z gwarancji. Zatrzymane środki pieniężne mogły, a nie musiały starczyć na wykonanie lub pokrycie kosztów ewentualnych prac zaległych i usunięcie wad lub usterek (te bowiem mogą się ujawnić przez cały okres udzielonej gwarancji, a obecnie trudno było określić precyzyjnie wielkość kosztów niezbędnych do ich usunięcia, gdy nie upłynął termin udzielonej gwarancji).

Pozwany wskazał przy tym, iż naliczył karę umowną w kwocie 7.891.083,56 zł na podstawie subklauzuli (...) Warunków Kontakt. Nietrafne w ocenie Sądu I instancji było przy tym stanowisko powoda, iż pozwanemu w związku z częściowym odstąpieniem od umowy nie przysługiwała kara umowna przewidziana w tej klauzuli. Niewątpliwie stosownie do treści tej klauzuli pozwany uprawniony został do naliczenia kary umownej za rozwiązanie kontraktu według klauzuli (...) w wysokości 20 % Zaakceptowanej Kwoty Umownej (kara umowna została zastrzeżona w Warunkach Szczególnych Kontraktu), a ta klauzula nie została zmieniona przez Warunki Szczególne. Zgodnie z klauzulą (...) lit b Warunków Kontraktu pozwany był uprawniony do wypowiedzenia kontraktu jeśli wykonawca opuszczał roboty lub w inny sposób jasno okazywał zamiar odstąpienia od wykonywania zobowiązań objętych kontraktem, a poza sporem pozostawało zaistnienie okoliczności faktycznych, wskazanych w tej klauzuli (niewykonywania zaległych robót i nieusuwania robót wykonanych wadliwie) i z tej przyczyny pozwany twierdził, że w piśmie z 27 czerwca 2013 r. złożył wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Zgodnie z subklauzulą (...) kontraktu, zaistnienie okoliczności, które zgodnie z klauzulą (...) były podstawą do rozwiązania umowy upoważniało pozwanego do zgłoszenia żądania płatności z zabezpieczenia wykonania (gwarancja). Z treści subklauzuli (...) wynikało natomiast, że rozwiązanie umowy przez pozwanego według klauzuli (...) uprawniało jego do żądania od wykonawcy zapłaty kary umownej w wysokości 20 % Zaakceptowanej Kwoty Umownej.

Zakładając racjonalne działanie stron umowy i przyjętych przez nich warunków umownych nie sposób w ocenie Sądu Okręgowego było uznać, iż uprawnienie pozwanego do naliczenia kary umownej przewidzianej w klauzuli (...) Warunków Kontraktu aktualizowało się jedynie w przypadku rozwiązania w wyniku wypowiedzenia kontraktu przez pozwanego według klauzuli (...) Warunków Kontraktu, a nie również częściowego odstąpienia od umowy. Klauzula (...) Warunków Kontraktu nie przewidywała prawa do częściowego odstąpienia od umowy w związku z bezskutecznym upływem terminu wyznaczonego na wykonanie robót zaległych i usunięcie wad i usterek. Takie prawo pozwanego zostało uregulowane odrębnie w Aneksie nr (...) bez zastrzeżenia z tego tytułu kary umownej, ale pozwany nie wskazywał w sposób wyraźny na odstąpienie od umowy na podstawie tego aneksu.

Sąd I intencji zwrócił również uwagę na charakterystykę wyrażen, jakie zostały zawarte w klauzuli (...) Warunków Kontraktu. Posłużenie się pojęciem „rozwiązania umowy”, szerszym znaczeniowo względem pojęć „odstąpienia” lub „wypowiedzenia” obejmowało wszelkie przypadki zakończenia umowy w ten sposób, a odstąpienie lub wypowiedzenie umowy stanowiły przykładowe sposoby rozwiązania umowy. Nie budziło przy tym wątpliwości Sądu meriti, iż nie można było utożsamiać tych pojęć – inne bowiem były przede wszystkim skutki odstąpienia, a inne wypowiedzenia, choć obie czynności prowadziły do jednostronnego rozwiązania niewykonanej umowy. Z kolei treści klauzuli (...) regulowała w sposób wyraźny przypadki wypowiedzenia kontraktu przez pozwanego, a nie odstąpienia od jego postanowień. Mogło to prowadzić do mylnego wniosku, iż w sposób wyraźny umowa stron w jej pierwotnym brzmieniu

nie regulowała w ogóle kwestii związanych z możliwością odstąpienia od umowy, a taka ewentualność została dopuszczona dopiero na podstawie postanowień Aneksu nr (...) do umowy.

Sąd I instancji stwierdził, że w przypadku odstąpienia umownego strony mogą określić skutki odstąpienia (w szczególności, że ma ono skutek *ex nunc*) i wzajemne obowiązki w razie odstąpienia, inaczej niż to przewiduje art. 395 § 2 k.c. Pozwany odstępując od umowy w części dotyczącej robót zaległych, ujętych w załączniku nr 2 do Aneksu nr (...), zrezygnowała w tej mierze z usług wykonawcy, odmawiając tym samym wykonawcy prawa do żądania wynagrodzenia w tej części, co jednak nie oznaczało, że pozbawiało to pozwanego podstaw uzasadniających żądanie kary umownej w związku z odstąpieniem od części umowy w zakresie robót zaległych oraz usunięcia wad i usterek.

Według Sądu *a quo*, istotne przy tym było, że umów o roboty budowlane nie można było wypowiedzieć. Zastosowania wypowiedzenia umowy nie może mieć miejsca w przypadku stosunków, które charakteryzowały się świadczeniem jednorazowym. Świadczeniami jednorazowymi są świadczenia, których treść i rozmiar są oznaczone wyczerpująco wyłącznie przez wskazanie zachowania dłużnika, do którego jest on zobowiązany bez odwoływania się do czynnika czasu. Tak rozumianym świadczeniem jednorazowym jest świadczenie w umowie o roboty budowlane, choć jej wykonanie może trwać bardzo długo i być bardzo skomplikowane. Jest to jednak niewątpliwie umowa skutkowa, a skutkiem jest zgodnie z art. 647 k.c. „oddanie przewidzianego w umowie obiektu”. Tak więc uznać należy, że niezależnie od tego, co strony napisały w umowie o roboty budowlane, umowy tej nie można było wypowiedzieć.

Kwestia niezgodności treści klauzuli (...) Warunków Kontraktu z art. 365^{((1))} k.c. nie uzasadniła w ocenie Sądu Okręgowego twierdzenia odnośnie jej nieważności na podstawie art. 58 k.c. jako czynności prawnej sprzecznej z ustawą. Trzeba bowiem mieć na względzie, że Warunki Kontraktowe stanowiły uniwersalny wzorzec umowny (...) Federacji (...), a stosowanie wzoru (...) bez jakiegokolwiek modyfikacji było niemożliwe – wzór ten ma charakter międzynarodowy i konieczne jest uwzględnienie tej okoliczności także podczas wykładni jego postanowień. W konsekwencji wykładni postanowień tego wzorca winna być dokonywana również zgodnie z art. 65 § 2 k.c. i należało raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Nie można przy tym uznawać za niebyłe lub nieważne postanowienia umowy tylko dlatego, że między stronami istnieje spór co do treści umowy. Sporne postanowienia podlegają zobiektywizowanej interpretacji, która nie może ograniczać się wyłącznie do ich warstwy językowej.

W świetle wykładni treści klauzul (...), (...) lit. b oraz (...) *in fine* nie budziło wątpliwości, że strony akceptując ich treść zamierzały przyznać pozwanemu uprawnienie do żądania kary umownej w wypadku zaistnienia ściśle określonych okoliczności prowadzących do jednostronnego rozwiązania umowy. Świadczył o tym również fakt, że modyfikując wzorzec (...) w Warunkach Szczególnych Kontraktu strony uzupełniły klauzulę (...) o ostatni akapit, w którym właśnie przewidziano karę umowną – na wypadek rozwiązania umowy (bez wskazywania sposobu rozwiązania umowy). Sposób redakcji tych postanowień umownych pozwalał na wniosek, że wskazane w klauzuli (...) Warunków Kontraktowych wypadki niewykonania lub nienależytego wykonania kontraktu, które uprawniają stronę do jego rozwiązania, stanowiły jednocześnie podstawę do domagania się zapłaty kary umownej, co było wiadome powodowi już na etapie zawierania umowy, gdyż nie zgłaszał pozwanemu wątpliwości co do znaczenia postanowień umowy w zakresie kar umownych oraz zaakceptowała ich treść. Niewątpliwie w ocenie Sądu I instancji przy tym pozwany miał możliwość dostosowania treści tej klauzuli do prawa polskiego w sposób wyraźny w Warunkach Szczególnych, czego nie uczynił, ale brak takiego rozwiązania w umowie stron nie oznaczał, iż nie można było dokonywać stosownej wykładni postanowień umowy zgodnie z regułami wskazanymi w art. 65 k.c. W umowach między przedsiębiorcami, które zostały przygotowane przy udziale prawników, nie była bowiem wyłączona dopuszczalność ustalenia właściwej treści umowy ze względu na jej cel i okoliczności jej zawarcia. Wskazać w tym zakresie należy również na stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Najwyższego z 7 lutego 2007 r., sygn. akt III CSK 288/06 (OSP 2009, nr 4, poz. 39), z którego wynikało że: „Zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy można zatem traktować jako formę uproszczenia redakcji warunków umowy, która pozwala na przyjęcie przez strony, że wypadki niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, które uprawniają stronę do odstąpienia od umowy, stanowią jednocześnie podstawę do domagania się zapłaty kary umownej”. W istocie bowiem podstawą stosowania instytucji kary umownej nie jest fakt

rozwiązania umowy lub sposób tego rozwiązania, tylko poprzedzająca rozwiązanie umowy okoliczność niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań.

Powód podważał również zachowanie przez pozwanego warunków formalnych zgłoszenia roszczenia do gwarancji. Zdaniem powoda jeżeli pozwany chciał zgłosić roszczenie z tytułu kary umownej pod zabezpieczenie wykonania (gwarancję), to konieczne było zachowanie warunków formalnych:

- pozwany lub inżynier powinni powiadomić wykonawcę o roszczeniu pozwanego z tytułu kary umownej z powołaniem na klauzulę (...) i (...) Warunków Kontraktu,
- inżynier powinien w trybie klauzuli (...) uzgodnić lub ustalić kwotę należną pozwanemu,
- wykonawca w ciągu 42 dni po takim uzgodnieniu lub ustaleniu nie dokonał płatności.

Wskazać jednak należało, iż postanowienia umowy nie ustanawiały jakiegokolwiek terminu, w szczególności wynoszącego 42 dni, na dokonanie płatności kary umownej przez wykonawcę. Termin taki przewidziano jedynie dla roszczeń zgłaszanych przez wykonawcę (klauzula (...)), a tym samym zarzut naruszenia takiego terminu był oczywiście bezzasadny. W konsekwencji choć pozwany zgłosił roszczenie do gwaranta 19 lipca 2013 r. (po upływie 10 dni od doręczenia syndykowi masy upadłości powoda pisma z 3 lipca 2013 r. wzywającego do zapłaty kary umownej) to nie skutkowało to uznaniem, iż zgłoszono roszczenie niewymagalne.

Nie było też podstaw do zasadnego twierdzenia, że pozwany kierując do powoda 3 lipca 2013 r. wezwanie do zapłaty obowiązany był powołać się na klauzulę (...), gdyż wskazanie w wezwaniu klauzuli (...) w sposób precyzyjny wyjaśniało podstawę żądania.

Również bez znaczenia był zarzut dotyczący nieustalenia przez inżyniera kwoty należnej pozwanemu z tytułu kary umownej – wedle subklauzuli (...) rola wykonawcy przy takim ustaleniu sprowadzała się do niewiążącej konsultacji, a ostateczna wysokość należności mogła zostać ustalona jednostronnie przez pozwanego. Pominięcie więc takiego ustalenia nie wpływało w żaden sposób na istnienie lub wymagalność kary umownej.

W ocenie Sądu I instancji pozwany realizując gwarancję działał zgodnie z postanowieniami umowy, w szczególności zgodnie z treścią subklauzul (...), (...) lit b oraz (...) in fine, natomiast powód nie był uprawniony do dochodzenia wskazanego przez siebie roszczenia. Zgodnie z klauzulą 4.2 Warunków Kontraktu (akapit piąty) pozwany był zobowiązany wobec powoda do pokrycia wszelkich szkód, strat i wydatków włącznie z kosztami sądowym i opłatami, powstałych w następstwie roszczeń pozwanego na mocy gwarancji w granicach, w jakich pozwany nie był uprawniony do roszczeń, a odpowiedzialność ta była oparta o treść przepisu art. 471 k.c. Nie spełniły się przy tym z przyczyn wskazanych wyżej przesłanki powstania stosownego roszczenia powoda. Bez większego znaczenia w ocenie Sądu Okręgowego pozostawało to, że treść umowy konsorcjum nie pozbawiała uprawnienia każdego z jego członków do dochodzenia w postępowaniu sądowym samodzielnie, we własnym imieniu, odszkodowania za szkodę poniesioną wskutek zamierzonego działania zamawiającego.

W ocenie Sądu Okręgowego nie było również podstaw do konstruowania odpowiedzialności pozwanego w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Nie było bowiem bezzasadnej realizacji przez pozwanego gwarancji bankowej, która usprawiedliwiałaby żądanie przez dłużnika ze stosunku podstawowego (wykonawcę) zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia na podstawie art. 405 k.c., gdy dłużnik ten był jednocześnie zleceniodawcą gwarancji.

Zasadnicze znaczenie miała również ocena czy powód poniósł szkodę na skutek zrealizowania gwarancji przez bank lub doszło do jej zubożenia. Szkodą jest uszczerbek majątkowy, który może polegać na zmniejszeniu majątku albo powstaniu nowych lub zwiększeniu się już istniejących zobowiązań. Pojęcie szkody w rozumieniu art. 361 § 2 k.c. obejmuje również wymagalne zobowiązanie poszkodowanego wobec osoby trzeciej. Z kolei w przypadku bezpodstawnego wzbogacenia zubożenie polega na poniesieniu efektywnego uszczerbku majątkowego – majątek zubożonego pomniejsza się o coś, o co nie powinien się pomniejszyć, albo nie powiększa się o coś, o co powinien

się powiększyć. Zubożenie skutkuje więc albo zwiększeniem pasywów, albo zmniejszeniem aktywów zubożonego. Zubożenie zawsze przyjmuje postać majątkową.

Odnosnie odpowiedzialności umownej pozwanego wobec powoda w okolicznościach konkretnej sprawy powód wskazał na fakt, iż (...) w pismach z (...) lipca 2013 r. oraz z 18 czerwca 2014 r. wezwała jego do zapłaty, co wskazywało na istnienie roszczenia po stronie tego podmiotu – z sobie wiadomych przyczyn bank nie podejmował jednak żadnych dalszych działań, które zmierzałyby do uzyskania należnego świadczenia od powoda, a kierował je wyłącznie wobec pozwanego.

Pozwany kwestionował istnienie roszczenia zgłoszonego przez (...) wobec powoda w wezwaniu z (...) lipca 2013 r. twierdząc, że z umowy ramowej i umowy gwarancji zawartej przez powoda z (...) oraz z treści zlecenia udzielenia gwarancji nie wynikało zobowiązanie powoda do zwrotu kwoty wypłaconej przez (...) beneficjentowi gwarancji (pozwanemu). Niewątpliwie obowiązku takiego nie przewidywały przepisy art. 80 – 84 prawa bankowego, regulujące instytucję gwarancji bankowej. Wskazać jednak należało, iż umowa o wystawienie gwarancji między powodem i bankiem została zawarta na skutek zaakceptowania przez (...) zlecenia wystawienia gwarancji, czego wyrazem było wystawienie przez (...) gwarancji na rzecz Gminy M. G.. Częścią stosunku prawnego wynikającego z tej umowy były Ogólne Warunki dla Gwarancji, a myśl ich pkt 9 powód był zobowiązany do zwrotu bankowi wszelkich kwot wypłaconych przez bank na podstawie gwarancji – w konsekwencji nie budziło wątpliwości, iż po stronie (...) istniało uprawnienie do żądania od powoda zwrotu świadczenia spełnionego na rzecz pozwanego. Roszczenie regresowe przysługiwało przy tym (...) wyłącznie wobec zleceniodawcy gwarancji, którym była powód, a nie wobec innych stron umowy ramowej i bezzasadne było stanowisko pozwanego, że nawet gdyby na podstawie umów będących podstawą udzielenia gwarancji bankowi przysługiwałyby roszczenie regresowe z tytułu wypłaty sumy gwarancyjnej, to dług ten zgodnie z treścią umowy ramowej oraz art. 379 k.c. dzieliłby się na tyle równych i niezależnych części, ile podmiotów występowało jako strona tej umowy.

Natomiast wysokość ewentualnego roszczenia regresowego banku nie obejmowała sumy odsetek za opóźnienie i zwrotu kosztów postępowania, które bank objął skierowanym do powoda wezwaniem do zapłaty z 18 czerwca 2014 r. W świetle pkt 9.1 Ogólnych Warunków dla Gwarancji powód był zobowiązany do zwrotu bankowi wszelkich kwot wypłaconych przez bank na podstawie gwarancji oraz do zwrotu wszelkich związanych z tym kosztów i wydatków jakie zostały przez niego poniesione w związku z wykonywaniem zlecenia i utrzymywaniem zabezpieczeń. Natomiast obowiązek zapłaty przez (...) odsetek za opóźnienie w płatności oraz kosztów procesu powstał w związku z niewykonywaniem zlecenia i co do zapłaty odsetek za opóźnienie wynikał z art. 481 § 1 i 2 k.c., a odnosnie kosztów postępowania wynikał z nakazu zapłaty wydanego przez Sąd Okręgowy w Gdańsku 13 marca 2014 r. – tym samym obowiązki nie powstały na podstawie gwarancji, a było wynikiem wyłącznie nieuprawnionej odmowy przez (...) wykonania gwarancji.

Odnosząc się do ewentualnej odpowiedzialności pozwanego wobec powoda na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu Sąd Okręgowy uznał, że świadczenie gwaranta na rzecz pozwanego nastąpiło w celu umorzenia wymagalnego długu wykonawcy z tytułu kary umownej mającej źródło w umowie. Nie pozbawione znaczenia było również to, że (...) dokonała wypłaty sumy gwarancyjnej na podstawie prawomocnego nakazu zapłaty z 13 marca 2014 r. wydanego przez Sąd Okręgowy w Gdańsku w sprawie o sygn. akt I Nc 96/14 – brak skutecznego zaskarżenia tego nakazu zapłaty przez (...) i doprowadzenie przez ten podmiot do sytuacji stanu rzeczy osądzonej wyłączały przyjęcie dopuszczalności konstruowania bezpodstawnego wzbogacenia. Nadto o ile kwestia szkody może się sprowadzać do istnienia wymagalnego zobowiązania wobec osoby trzeciej to o zubożeniu powoda w rozumieniu art. 405 k.c. można by mówić tylko wówczas, gdyby powód zwrócił (...) wypłaconą na rzecz pozwanego sumę gwarancyjną.

W okolicznościach konkretnej sprawy podkreślił również wymagało, iż nie można było uznać, że powód poniósł szkodę, a samo istnienie wymagalnego zobowiązania nie pozwalało na ustalenie, że takie roszczenie powoda powstało. Istotna bowiem jest również ocena czy pasywa zostaną zrealizowane przez „poszkodowanego”, co nabiera znaczenia, gdy wierzycielem jest osoba prawna, która może ulec likwidacji w sposób wyłączający sukcesję uniwersalną (bez następstwa prawnego). Zasądzenie w takim wypadku odszkodowania obejmującego wartość

nominalną pasywów prowadziłyby do wzbogacenia poszkodowanego z naruszeniem zasady restytucji, według której świadczenie odszkodowawcze nie może przewyższać szkody. W przedmiotowej sprawie powód został postawiony w stan upadłości likwidacyjnej, co wykluczało utożsamianie wymagalnego długu powoda ze szkodą, gdyż z uwagi na jego stan niewypłacalności i prowadzone postępowanie upadłościowe ewentualny wierzyciel nie miałby możliwości wyegzekwowania należności w pełnej wysokości. Podkreślenia przy tym wymagało, iż z faktu, że (...) jako podmiot profesjonalnie prowadzący działalność bankową nie wynikało jako oczywiste, że podmiot ten będzie podejmował działania zmierzające do realizacji przysługującego mu roszczenia regresowego, gdyż żadnych takich działań tenże nie podjął (pomimo blisko roku od zapłaty na rzecz pozwanego sumy gwarancyjnej) – niezależnie od wątpliwości co do statusu prawnego roszczenia banku wobec powoda to (...) nie zgłosiła swojej wierzytelności do masy upadłości powoda, jak i nie wniosła pozwu przeciwko syndykowi masy upadłości o zapłatę. Sąd Okręgowy stwierdził, że (...) wniosł powództwo o zasądzenie na swoją rzecz tylko od Gminy M. G. kwoty 8.761.690,11 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie, wypłaconej Gminie M. G. na podstawie gwarancji bankowej nr (...), a tej samej kwoty domagał się powód w toczącym się postępowaniu. Takie działanie (...) jednoznacznie potwierdzało stanowisko pozwanego dotyczące braku szkody po stronie powoda. Powództwo (...) określone jako „interwencja główna”, choć jako pozwanych wskazało obie strony postępowania, to jednak sformułowane żądanie zasądzenia wskazanej wierzytelności dotyczy wyłącznie od Gminy M. G.. W sytuacji wyraźnego braku żądania ze strony (...) zwrotu ewentualnego roszczenia regresowego od powoda nie pozwala uznać, iż po stronie powoda występowała deklarowana przez niego szkoda. Bez istotnego znaczenia pozostawało przy tym to, że (...) w pozwie z 9 stycznia 2015 r. nie twierdziła, że po stronie powoda nie wystąpiła szkoda, a jedynie wskazywała, że w jej ocenie brak był konieczności odnoszenia się do tego, czy po stronie powoda wystąpiła rzeczywista szkoda, bo był to element pierwotnego postępowania, który z punktu widzenia interesów banku nie miał znaczenia. Natomiast poprzestanie na sformułowanej przez (...) treści żądania czyniło pozbawionym większego znaczenia twierdzenia (...), że po jej stronie istniało roszczenie zwrotne do powoda po dokonaniu wypłaty z gwarancji bankowej i dłużnikiem z tytułu wypłaty gwarancji bankowej był wyłącznie powód. Takie twierdzenia bowiem nic nie wnosily w zakresie oceny poniesienia przez powoda szkody, przy biernej postawie (...) w zakresie uzyskania zaspokojenia od powoda ewentualnego roszczenia regresowego.

Niezależnie od tego, na zabezpieczenie wykonania zobowiązań wynikających z umowy ramowej lub z umów produktu również (...) S.A. (...) S.A., (...) S.A. oraz (...) spółka z o. o. zawarły z (...) umowy gwarancji” analogiczne do podpisanej 20 sierpnia 2010 r. przez powoda i ustanowiły również inne wymagane przez (...) zabezpieczenia. W tej sytuacji wobec braku zapłaty ze strony niewypłacalnego powoda, według Sądu Okręgowego, (...) była także uprawniona do żądania zapłaty całego długu przez którąkolwiek z tych spółek, na zasadach analogicznych do określonych w pkt 2 umowy gwarancji zawartej z powodem. W świetle niekwestionowanych przez powoda twierdzeń odnośnie wypłacalności (...) spółki z o. o. (według powoda dopiero w styczniu 2015 r. złożył wniosek o ogłoszenie upadłości likwidacyjnej) i pozostawania (...) S.A. w upadłości układowej znacznie bardziej prawdopodobne było w tej sytuacji skierowanie do nich ewentualnych roszczeń (...), na co również wskazywał brak takich działań ze strony (...) wobec powoda. Nie zmieniało to faktu, iż w przypadku bezzasadnej realizacji gwarancji roszczenie z tytułu zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia na podstawie art. 405 k.c. przysługiwało dłużnikowi ze stosunku podstawowego (wykonawcy), jeżeli dłużnik był jednocześnie zleceniodawcą gwarancji.

W zakresie prawdopodobieństwa dochodzenia ewentualnego roszczenia regresowego od powoda przez (...) w przyszłości i szansy jego wyegzekwowania od niej w toku upadłości likwidacyjnej niczego również nie zmieniało stanowisko przedstawiane przez (...) w piśmie z 3 października 2014 r., tj. twierdzenie, że ewentualne środki zasądzone od Gminy M. G. na rzecz powoda stanowiąc będą bezpodstawne wzbogacenie masy upadłości kosztem banku, które to roszczenie będzie podlegało zaspokojeniu w kategorii pierwszej (art. 342 ust. 1 pkt 1 Prawa upadłościowego i naprawczego), gdyż stanowisko to było błędne. Kategoria pierwsza obejmuje wierzytelności, które zasadniczo powinny być zaspokajane na bieżąco w miarę wpływu środków do masy upadłości (art. 343 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego). Jednocześnie nie można twierdzić, że powód poniósł szkodę, bo (...) będzie uprawniona do dochodzenia od niego bezpodstawnego wzbogacenia jej kosztem – stanowisko (...) w zakresie ewentualności bezpodstawnego wzbogacenia powoda wskazywało tym samym jednoznacznie na brak szkody i bezpodstawności wzbogacenia powoda w stosunku do pozwanego.

Sąd Okręgowy stwierdził również, że nie było uzasadnione żądanie powoda miarkowania kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. do kwoty 100.000 zł. W świetle tego przepisu jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Sąd Okręgowy wskazał, iż zasadnicza część przedmiotu umowy została wykonana i była używana przez Gminę M. G., a roboty zaległe i usterki nie uniemożliwiały używania stadionu zgodnie z jego przeznaczeniem (organizowanie imprez masowych), co pozwalało na ustalenie, że zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. Kara umowna naliczona przez pozwanego nie była natomiast z pewnością rażąco wygórowana, gdyż okoliczność tą należało odnosić do wartości całego przedmiotu umowy, a nie jedynie do potencjalnych kosztów wykonania robót zaległych i usunięcia wad. Bez znaczenia pozostawało przy tym twierdzenie powoda, iż w dyspozycji pozwanego znajdowała się kwota 12.054.000 zł, która pozwalała na wykonanie robót zaległych i usunięcie wad, a w tym celu została zatrzymana przez pozwanego, gdyż kara umowna nie pełniła wyłącznie funkcji kompensacyjnej szkody. Również ocena powoda, iż rzeczywiste koszty wykonania robót zaległych i usunięcia wad były o wiele mniejsze niż kwota zatrzymana przez pozwanego nie miała żadnego oparcia w jakichkolwiek dowodach przedstawionych przez powoda. Oceniając wysokość kary umownej, w związku z podniesieniem zarzutu jej miarkowania, należy brać pod uwagę istnienie szkody oraz jej rozmiar, ale nieprawdziwe było twierdzenie powoda, iż pozwany nie poniósł żadnej szkody, gdyż w jej dyspozycji od 2012 r. znajdowała się kwota 12.054.000 zł, która została zatrzymana w celu pokrycia kosztów wykonawstwa zastępczego w zakresie robót zaległych i usunięcia wad. Istotne przy tym było to, że zastrzeżona w subklauzuli (...) umowy kara umowna była wielokrotnie wyższa od kary wyegzekwowanej przez pozwanego, gdyż to postanowienie umowne uprawniało pozwanego do naliczenia kary umownej w wysokości 20 % Zaakceptowanej Kwoty Umownej, czyli w kwocie 85.540.000 zł, licząc od wartości netto wynagrodzenia ryczałtowego określonego w Akcie Umowy w wysokości 427.700.000 zł. W tej sytuacji obciążenie na chwilę obecną wykonawcy karą umowną w kwocie 7.891.083,56 zł, stanowiącą mniej niż 10 % należnej pozwanemu kary umownej od powoda nie mogło skutkować dalej idącym obniżeniem tej kary w wyniku jej miarkowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Sąd pierwszej instancji na podstawie przepisów art. 471 k.c. a contrario i art. 405 k.c. a contrario oddalił żądanie pozwu w punkcie I wyroku, o kosztach procesu natomiast orzekł na podstawie przepisu art. 98 § 1 k.p.c. Powód przegrał sprawę w całości i był zobowiązany zwrócić pozwanemu poniesione przez niego koszty procesu w postaci wynagrodzenia pełnomocnika pozwanego w kwocie 7.200 zł, przy czym nie były spełnione jakiegokolwiek przesłanki uzasadniające uwzględnienie tego żądania w wysokości jego dwukrotności.

Na koniec Sąd pierwszej instancji dodatkowo wskazał, iż pozew (...) wniesiony przeciwko pozwanemu nie stanowił interwencji głównej, gdyż samo nazwanie go w ten sposób nie powodowało takiego skutku, gdy (...) wytoczyła powództwo o zapłatę przeciwko jednej ze stron (pozwanej w toczącym się postępowaniu), a nie przeciwko obu stronom (za takie powództwo nie może być bowiem uważane całkowicie bezpodstawne wystąpienie z żądaniem zapłaty od obu stron sporu wyłącznie kosztów procesu). Bez znaczenia pozostawały w tej sytuacji zdaniem Sądu meriti żądania połączenia obu spraw do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia (nie były spełnione przesłanki z art. 219 k.p.c.), czy zawieszenia postępowania (w szczególności nie była spełniona przesłanka z art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c., niezależnie od tego, iż zawieszenie postępowania na tej podstawie było fakultatywne). Nieudolne wniesienie „interwencji głównej” przez pełnomocnika (...), nie uzasadniało również zawiadamiania tego podmiotu o czynnościach procesowych podejmowanych w toczącym się postępowaniu.

Apelację od tego wyroku wywiódł powód, zaskarżając go w całości. Zaskarżonemu wyrokowi powód zarzucił naruszenie prawa materialnego i przepisów postępowania, w szczególności:

1. naruszenie art. 491 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że uprawnienie pozwanego do odstąpienia od umowy w części wynikało nie tylko z treści § 4 ust. 4 Aneksu nr (...) do Kontraktu, ale przede wszystkim znajdowało podstawę prawną w art. 491 k.c.
2. naruszenie art. 647 k.c. poprzez błędną wykładnię i w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że Kontrakt nie został wykonany;

3. naruszeniu art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli Wykonawcy i Zamawiającego polegającej na przyjęciu, że pozwanemu w związku z częściowym odstąpieniem od umowy na podstawie § 4 ust. 4 Aneksu nr (...) do Kontraktu przysługiwała kara umowna przewidziana w klauzuli (...) Warunków Kontraktu oraz przez przyjęcie, że w świetle wykładni treści klauzuli (...), (...) lit. b oraz (...) Warunków Kontraktu zgodnym zamiarem stron było przyznanie uprawnienia pozwanemu do żądania kary umownej w każdym przypadku zaistnienia ściśle określonych okoliczności prowadzących do jednostronnego rozwiązania umowy, podczas gdy z treści klauzuli (...) Warunków Kontraktu jasno i precyzyjnie wynika, że uprawnienie pozwanego do naliczenia kary umownej aktualizowało się jedynie w przypadku rozwiązania kontraktu przez wypowiedzenie według klauzuli (...) Warunków Kontraktu;

4. naruszenie art. 58 k.c. poprzez niezastosowanie i uznanie, że niezgodność treści klauzuli (...) Warunków Kontraktu z art. 365⁽⁽¹⁾⁾ k.c. nie uzasadniała twierdzenia odnośnie tej nieważności na podstawie art. 58 k.c. jako czynności prawnej sprzecznej z ustawą w sytuacji, gdy umów o roboty budowlane nie można wypowiedzieć;

5. naruszenie art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli Wykonawcy i Zamawiającego polegającej na przyjęciu, że na podstawie Kontraktu uznać należy, że roszczenie pozwanego zgłoszone do Gwarancji było wymagalne podczas gdy z Klauzuli (...), (...) i 4.2 Warunków Kontraktu, które szczegółowo i jednoznacznie opisują warunki skutecznego zgłoszenia Zamawiającego do Gwarancji, wynika że roszczenie to było niewymagalne;

6. art. 361 § 2 k.c. i art. 405 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów w stanie faktycznym niniejszej sprawy i przyjęcie, że na skutek zrealizowania Gwarancji powód nie poniósł szkody, ani nie doszło do jego zubożenia;

7. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez sprzeczną z zasadami logiki i doświadczeniem życiowym ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz wyprowadzenie wniosków nie wynikających z powołanych przez Sąd dowodów i przyjęcie, że wniesienie przez (...) pozwu o zapłatę przez pozwanego kwoty 8.761.960,11 zł wraz z ustawowymi odsetkami dowodzi o braku szkody po stronie powoda;

8. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez sprzeczną z zasadami logiki i doświadczeniem życiowym ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz wyprowadzenie wniosków nie wynikających z powołanych przez Sąd dowodów i przyjęcie, że zatrzymane przez pozwanego środki pieniężne w kwocie 12.054.000,00 zł mogły, a nie musiały starczyć na wykonanie lub pokrycie kosztów jakichkolwiek prac zaległych i usunięcia wad i usterek powstałych w okresie gwarancji;

9. naruszenie art. 484 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że nie ma podstaw do miarkowania kary umownej naliczonej przez pozwanego.

We wnioskach apelujący domagał się zmiany zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa w całości poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 8.761.690,11 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 22 lipca 2014 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych. Ewentualnie powód wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

W odpowiedzi na apelację strona pozwana wносиła o jej oddalenie i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pismem z dnia 21 grudnia 2015 r. (...) Bank S.A (wcześniej B. E. S. de (...)), w postępowaniu toczącym się przed Sądem Okręgowym w Gdańsku pod sygnaturą IX GC 30/15 cofnął pozew o zapłatę przeciwko Gminie M. G. oraz syndykowi masy upadłości (...) Spółki Akcyjnej w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w W..

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 23 lutego 2016 r. pełnomocnik pozwanej wniósł o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 15.000 zł.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest bezzasadna.

Skarżący zarzucił Sądowi pierwszej instancji zarówno zarzuty naruszenia prawa materialnego, jak i procesowego.

Logicznym jest, że prawidłowość zastosowania lub wykładni prawa materialnego może być właściwie oceniona jedynie na kanwie niewadliwie ustalonej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. Skuteczne, zatem zgłoszenie zarzutu dotyczącego naruszenia prawa materialnego wchodzi zasadniczo w rachubę tylko wtedy, gdy ustalony przez sąd pierwszej instancji stan faktyczny, będący podstawą zaskarżonego wyroku, nie budzi zastrzeżeń. Powyższe rodzi konieczność rozpoznania w pierwszym rzędzie zmierzających do zakwestionowania stanu faktycznego zarzutów naruszenia prawa procesowego.

1. Wbrew zarzutom apelacji, stan faktycznych w sprawie został ustalony prawidłowo, bez naruszenia art.233 § 1 k.p.c., dlatego Sąd Apelacyjny przyjmuje ustalenia Sądu Okręgowego za własne.

Chybiony jest zarzut podważający ustalenie dotyczące braku wykazania szkody po stronie powoda. Ustalenia faktyczne nie obejmują oceny prawnej, co wchodzi w skład szkody w rozumieniu art.361 k.c., natomiast w sprawie pozostaje bezspornym, że powód nie zaspokoił roszczeń banku (gwaranta) oraz to, że bank nie dochodzi obecnie w drodze sądowej żadnych roszczeń w stosunku do syndyka. Bank cofnął pozew przeciwko stronom niniejszego procesu (nazwaną interwencją główną), co doprowadziło do umorzenia wszczętego przez niego postępowania (k.599 i 604).

Wniosek Sądu pierwszej instancji, że zatrzymane przez pozwanego środki pieniężne w kwocie ponad 12 mln zł nie są wystarczające dla wykonania lub pokrycia kosztów jakichkolwiek prac zaległych i usunięcia wad i usterek powstałych w okresie gwarancji, nie był oparty na analizie materiału dowodowego sprawy i nie został objęty ustaleniami faktycznymi. Trafnie natomiast podnosi skarżący, że tego rodzaju konstatacja Sądu Okręgowego w rozważaniach na temat miarkowania kary umownej jest dowolna, gdyż nie ma środków dowodowych w sprawie pozwalających na takie ustalenie. Nie decyduje to jednak o zasadności apelacji, gdyż byłoby to istotne tylko przy przyjęciu, że żądanie powoda jest usprawiedliwione.

2. Nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art.361 § 2 k.c.

Zaskarżony wyrok jest prawidłowy, jednakże wymaga innego zaakcentowania okoliczności prowadzących do oddalenia powództwa. Zważywszy na podstawę prawną roszczenia powoda w pierwszej kolejności należy odnieść się do art.471 k.c. Powód wiąże taką odpowiedzialność pozwanej, odwołując się do treści klauzuli 4.2 Ogólnych Warunków Kontraktu, zgodnie z którą zamawiający miał powetować wykonawcy i zabezpieczyć go od wszelkich szkód, strat i wydatków włącznie z kosztami sądowymi i opłatami powstałymi w następstwie roszczeń zamawiającego na mocy zabezpieczenia wykonania w granicach, w jakich zamawiający nie był uprawniony do roszczeń. Dla realizacji takiej odpowiedzialności powód musiałby jednak udowodnić szkodę (art.361 k.c.). Ciężarowi dowodu w tym zakresie powód nie sprostał (art. 6 k.c.). Nie było wystarczającym w tej kwestii odwołanie się w pismach pełnomocnika procesowego powoda, do istnienia zadłużenia w stosunku do banku (gwaranta).

O wierzytelności w stosunku do masy upadłości, którą w niniejszym procesie reprezentuje syndyk, można by bowiem mówić dopiero wówczas, gdyby została ona formalnie zgłoszona przez wierzyciela w trybie przewidzianym ustawą z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe [i naprawcze] (dalej powoływana jako „p.u.n.”), lub uznana została przez syndyka, jako uprzywilejowana (art.236 p.u.n. i art.342 ust.1 pkt 1 p.u.n.).

Jest bezspornym, że (...) nie zgłosił wierzytelności do masy upadłości, natomiast powód uważa takie żądanie (także w formie powództwa z uwagi na moment jego powstania) za prawdopodobne (vide: załącznik do protokołu k.612-613).

Okoliczność, że syndyk kwalifikuje zobowiązanie wobec banku, jako wierzytelność uprzywilejowaną (co wynika tylko z pism pełnomocnika procesowego), nie neguje konieczności jej zgłoszenia do masy upadłości i uznania przez syndyka.

Wierzyciel osobisty upadłego, aby uczestniczyć w ogólnym podziale funduszu masy musi być umieszczony na liście wierzytelności. Syndyk może zaspokoić wierzytelności masy upadłości w pierwszej kategorii, ale w takim przypadku istotna jest jego deklaracja, że taką wierzytelność – która jest wobec niego wymagalna – uznaje. Co więcej, jeżeli bank wytoczył proces przeciwko syndykowi (sygn. akt IX GC 30/15), to uzasadnione jest stanowisko, że wierzytelność jest sporna i dla jej uznania konieczna jest zgoda rady wierzycieli (art.206 ust.1 pkt 7 p.u.n.). Takiej zgody nie ma. Projekt porozumienia banku ((...)), dotyczący zaspokojenia jego wierzytelności, jest natomiast tylko jego propozycją (k.475-478).

Podsumowując, skoro syndyk nie zaspokoił wierzytelności banku i zgodnie z wymaganiami ustawy Prawa upadłościowego i naprawczego nie uznał jego wierzytelności, zaś bank nie dysponuje tytułem egzekucyjnym przeciwko syndykowi, to trafna jest konstatacja Sądu pierwszej instancji, że powód nie udowodnił szkody (art.361 k.c.).

Sąd Apelacyjny akceptuje pogląd wyrażony w doktrynie, iż za szkodę mogą być uznane pasywa, jeżeli roszczenia są wymagalne lub zostały stwierdzone prawomocnym wyrokiem. W przypadku upadłego, szkoda, która stanowi przesłankę roszczenia syndyka z art.471 k.c., musi dotyczyć jednak masy upadłości. O zobowiązaniach (pasywach) masy upadłości decyduje lista wierzytelności, lub w przypadku gdy zgłoszenie wierzytelności nie warunkuje zaspokojenia z masy upadłości (m.in. wierzytelności wymienione w art.342 ust.1 pkt 1 p.u.n.), stanowisko syndyka, co do uznania wierzytelności.

3. Nie ma także podstaw do zasądzenia dochodzonego roszczenia na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, dlatego chybiony jest zarzut naruszenia art.405 k.c. Według orzecznictwa, dochodzenie roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia w przypadku, gdy strony łączy węzeł umowny, jest wyłączone wówczas, gdy strona może dochodzić roszczeń ex contractu. Taką samą zasadę należy zastosować w sytuacji, gdy przesunięcie majątkowe następuje pomiędzy kilkoma podmiotami na podstawie powiązanych ze sobą umów.

Sąd pierwszej instancji, nie negując a priori możliwości dochodzenia roszczenia na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, jako argument za oddaleniem powództwa wskazał, że powód nie wykazał zubożenia po jego stronie. Wprawdzie zubożenie, o jakim mówi art.405 k.c., nie jest tożsame znaczeniowo ze szkodą z art.361 k.c., ale wyraża się utratą pewnych wartości po stronie zubożonego, która w niniejszym procesie nie została ujawniona.

Rozważania na temat bezpodstawnego wzbogacenia nabierają znaczenia w sytuacji, gdy stron nie wiąże stosunek obligacyjny. Pozostaje bezspornym, że syndyk w oświadczeniu z dnia 17 listopada 2012 r. odstąpił od umowy z pozwaną (wraz z aneksami), na podstawie art.98 p.u.n. (vide: oświadczenie syndyka k.283, uchwała rady wierzycieli k.284). Świadczenie wykonawcy wynikające z umowy o roboty budowlane jest podzielne (por. wyroki SN z 20.4.2006 r., III CSK 11/06, LEX nr 439201, z 14.11.2008 r., V CSK 182/08, LEX nr 619662), dlatego syndyk mógł odstąpić od umowy; w szczególności w zakresie określonym Aneksem nr (...). Odstąpienie od umowy wzajemnej przez syndyka jest autonomiczną instytucją prawa upadłościowego, do której nie stosuje się skutków odstąpienia od umowy wzajemnej przez stronę, dokonanego na podstawie art. 491 k.c. (postanowienie SN z 20.10.2011 r., IV CSK 47/11, LEX nr 1147774).

Mając powyższe na uwadze, pozwanej nie przysługiwało roszczenie – w stosunku do syndyka – z tytułu kar umownych za odstąpienie od umowy. Od tej umowy syndyk już bowiem wcześniej odstąpił, zaś kara umowna została przewidziana na wypadek odstąpienia od umowy przez zamawiającego.

Taka konstatacja nie przesądza natomiast o zasadności kary umownej w stosunku do pozostałych członków Konsorcjum, wykonujących umowę i możliwości skorzystania przez pozwaną z gwarancji bankowej. W tym kontekście bezzasadny jest zdaniem Sądu Apelacyjnego zarzut naruszenia art.58 k.c. Wprawdzie strony użyły w klauzuli (...) Ogólnych Warunków Kontraktu (OWU) terminu „wypowiedzenie umowy”, jednak na podstawie wykładni, o jakiej mówi art.65 § 1 i 2 k.c. należy przyjąć, że w rezultacie chodziło stronom o jednostronne rozwiązanie kontraktu, które w przypadku umowy o roboty budowlane mogło polegać jedynie na odstąpieniu od umowy. Odmienne rozumienie klauzuli (...) (...) w związku z subklauzulą (...) Warunków Szczególnych Kontraktu, oparte tylko na literalnej wykładni postanowień umowy byłoby pozbawione znaczenia, gdyż wypowiedzenie umowy o charakterze jednorazowym nie jest możliwe. Zakładając zatem racjonalne działanie stron umowy i przyjętych przez nich warunków umownych nie

sposób było uznać, iż uprawnienie pozwanej do naliczania kar umownych przewidzianych w klauzuli (...) Warunków Szczególnych Kontraktu aktualizowało się jedynie w wyniku „wypowiedzenia” kontraktu przez pozwaną według klauzuli (...) (...), a nie w wypadku częściowego odstąpienia od umowy.

Chybiony jest także zarzut naruszenia art.647 k.c. poprzez przyjęcie, że kontrakt nie został wykonany. Po pierwsze, strony w dalszym ciągu wykonywały Aneks nr (...), który przewidywał zakres obowiązków stron kontraktu związany z umową podstawową; po drugie, odstąpienie przez syndyka od umowy świadczy o jej kontynuacji już po wystawieniu Świadczenia Przejęcia w dniu 18 lipca 2011 r.

Zważywszy na to, że syndyk odstąpił od umowy z pozwaną (art.98 ust. 1 p.u.n.), w chwili obciążania wykonawcę kara umowną, nie było już stosunku podstawowego. W związku z tym, prima facie roszczenie powoda może mieć podstawy w art.405 k.c.

Rację ma Sąd Okręgowy, że in concreto przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu nie usprawiedliwiają powództwa. Pozwana nie otrzymała korzyści majątkowej kosztem powoda (zleceniodawcy gwarancji), lecz kosztem majątku gwaranta, który spełnił świadczenie wynikające z umowy gwarancji bankowej zawartej z pozwaną. Powód nie poniósł kosztów związanych ze zwrotem gwarantowi sumy gwarancyjnej i nie uznał jego roszczenia z tego tytułu. Ponadto świadczenie spełnione przez gwaranta na podstawie prawomocnego, sądowego nakazu zapłaty, nie jest świadczeniem nienależnym (por. wyrok SN z 13.12.2012r., V CSK 7/12, LEX nr 1294481). Nie zostały więc też spełnione przesłanki z art.410 k.c.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, Sąd Najwyższy stwierdził, że w przypadku bezzasadnej realizacji gwarancji roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia na podstawie art.405 k.c. przysługuje dłużnikowi ze stosunku podstawowego (wykonawcy), jeżeli dłużnik był jednocześnie zleceniodawcą gwarancji (OSNC 2010, nr 11, poz.146). Teza ta odnosiła się do konkretnego stanu faktycznego, który nie jest tożsamy z ustalonym w niniejszym procesie. Wystarczy wskazać, że okoliczności sprawy rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy dotyczyły sytuacji, w której zleceniodawca gwarancji pokrył koszty zapłaty sumy gwarancyjnej przez gwaranta na rzecz beneficjenta gwarancji; co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Z tych względów, odwołanie się do takiego stanowiska, nie jest wystarczające dla uzasadnienia powództwa.

4. Brak podstawy prawnej dla dochodzenia roszczenia na podstawie art.471 k.c. i art.405 k.c., pozbawia znaczenia dalszych zarzutów apelacji, albowiem ich ocena nie decyduje o zasadności zgłoszonego w pozwie roszczenia. W rezultacie, ich analiza jest zbędna. Na marginesie należy tylko zaznaczyć, że gdyby zaakceptować stanowisko skarżącego odnośnie do nieistnienia wiarygodności pozwanej z tytułu kary umownej i tym samym braku uprawnienia pozwanej do realizacji roszczenia na podstawie gwarancji bankowej, to świadczyłoby to o nadużyciu praw ze strony beneficjenta gwarancji. Wiele wskazuje, że bank miał taką świadomość, skoro spełniając świadczenie na rzecz pozwanej zaznaczył, że jest to świadczenie nienależne i zastrzegł dochodzenie zwrotu zapłaconej kwoty w przyszłości.

W uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1994 r. (III CZP 166/94) wskazano, że w określonych okolicznościach, nawet przy abstrakcyjnym zobowiązaniu gwaranta, może on wobec beneficjenta gwarancji wprowadzić ze stosunku gwarancji zarzuty ograniczające jego odpowiedzialność, jeżeli żądanie beneficjenta gwarancji prowadzi do nadużycia celu tego zabezpieczenia (podobnie SN w uzasadnieniu wyroku z 27.3.2013 r., I CSK 630/12, LEX nr 1341650). W tym kontekście należy stwierdzić, że z zachowania gwaranta wynika, że miał on świadomość nienależności żądania pozwanego beneficjenta gwarancji, a mimo to dopuścił do uprawomocnienia się wydanego przeciwko niemu nakazu zapłaty i zapłacił beneficjentowi sumę gwarancyjną. Takie działania gwaranta nie powinny obciążać zleceniodawcy gwarancji i w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie ma podstaw do przyjęcia, że powód taką odpowiedzialność na siebie przyjął. W szczególności, syndyk nie uznał wiarygodności banku, zaś bank nie dysponuje tytułem egzekucyjnym zobowiązującym syndyka do zwrotu sumy gwarancyjnej. W tej sytuacji roszczenia regresowe powoda są nieuzasadnione.

Z przytoczonych względów, apelacja jako bezzasadna na podstawie art.385 k.p.c. podlegała oddaleniu.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art.98 k.p.c., zasądzając od powoda na rzecz pozwanej koszty zastępstwa procesowego za instancję odwoławczą według norm przepisanych w wysokości minimalnej (§ 12 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.9.2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu – tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz.490, w zw. z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22.10.2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych – Dz.U. z 2015 r., poz.1804).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, zaangażowanie pełnomocnika pozwanej w postępowaniu odwoławczym, ograniczające się do złożenia odpowiedzi na pozew i uczestnictwa w jednej rozprawie, nie usprawiedliwia podwyższenia wynagrodzenia do żądanej kwoty 15 tys. złotych. Poza tym, jego stanowisko na etapie postępowania apelacyjnego w niewielkim stopniu przyczyniło się do oddalenia środka odwoławczego wniesionego przez przeciwnika procesowego, zaś zasądzona tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego kwota, jest odpowiednio wysoka do rodzaju i złożoności sprawy.