

Sygn. akt VII AGa 1005/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 stycznia 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Ewa Zalewska (spr.)

Sędziowie: SA Marek Kolasiński

SO del. Maciej Kruszyński

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Mikiciuk

po rozpoznaniu w dniu 23 stycznia 2019 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa K. G.

przeciwko (...) S.A. w W. i

Towarzystwu (...) S.A. w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanych

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 11 października 2016 r., sygn. akt XX GC 667/14

I. prostuje zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym i trzecim w ten sposób, że zawarty w nich zwrot „zasądzą” zastępuje zwrotem „zasądza”;

II. oddala apelację;

III. zasądza od (...) S.A. w W. i Towarzystwa (...) S.A. w W. solidarnie na rzecz K. G. kwotę 8 100 zł (osiem tysięcy sto złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VII AGa 1005/18

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 7 lipca 2014 r. powód K. G. wniósł pozew przeciwko (...) S.A. w W. oraz (...) S.A. w W. (dawniej: (...) S.A. w W.) o zasądzenie in solidum kwoty 291.600 zł wraz z odsetkami od dnia 3 sierpnia 2012 r. do dnia zapłaty oraz kosztami procesu. Wskazał, iż powód jest poszkodowanym albowiem był beneficjentem gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad oraz usterek, a z winy pełnomocnika nie otrzymał wypłaty z tytułu gwarancji. Wskazał, iż pełnomocnik był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w pozwanych spółkach.

Pozwany (...) S.A. w W. oraz (...) S.A. wnieśli o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu wg norm przepisanych. Zarzucili, iż żądania powoda są nieudowodnione i pozbawione podstaw prawnych. Wywodzili, iż powód nie wykazał, że zobowiązany w sposób nienależyty wykonał swoje zobowiązania, a więc że wystąpiły

okoliczności uzasadniające powstanie odpowiedzialności gwaranta. Podali, iż nie miało miejsca nienależyte działanie rady prawnego, co wskazuje, iż nie zachodzi pierwsza podstawowa przesłanka odpowiedzialności, a ponadto, nawet gdyby pełnomocnik wezwał do wypłaty gwarancji to termin gwarancji upłynął z dniem 30 czerwca 2012 r., co wskazuje, iż hipotetyczny błąd pełnomocnika nie wywarł żadnego wpływu na sytuację powoda.

W toku sprawy strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Wyrokiem z dnia 11 października 2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w punkcie I. zasądził od pozwanych (...) S.A. w (...) S.A. w W. (dawniej: (...) S.A. w W.) in solidum na rzecz powoda K. G. kwotę 291.600,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 4 sierpnia 2014 r. do dnia zapłaty, w punkcie II. oddalił powództwo w pozostałym zakresie, a w punkcie III. zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 21.797,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 7.200,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło po dokonaniu przez Sąd Okręgowy następujących ustaleń faktycznych.

W dniu 12 maja 2011 r. K. G. prowadzący działalności gospodarczą pod firmą (...) zawarł z Zakładem Budowlanym (...) sp. z o. o umowę o roboty budowlane nr (...). W § 11 ust. 1 c strony postanowiły, iż wykonawca zapłaci karę umowną za odstąpienie od umowy lub rozwiązanie jej w winy wykonawcy, w wysokości 10% wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 7 ust. 1 w szczególności z przyczyn wymienionych w § 10 ust. 1. (umowa, k. 16 oraz 18 i nast.)

Na budowie dochodziło do opóźnień, co było sygnalizowane w pismach do wykonawcy. (pismo z dnia 12 marca 2012 r., k. 200, 19 kwietnia 2012 r., k. 201, 25 maja 2012, k. 202, 4 czerwca 2012, k. 203).

K. G. zawarł z radcą prawnym A. M. (1) umowę zlecenia. (bezsporne) A. M. (1) zobowiązany był do przygotowania pisma o odstąpieniu od umowy i naliczeniu kary umownej. Przygotował oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 1 czerwca 2012 r.

Pismem z dnia 1 czerwca 2012 r. K. G. oświadczył, iż odstępuje od umowy o roboty budowlane z powodu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy przekraczającej 30 dni, na podstawie art. 656 k.c. w zw. z art. 653 k.c. oraz § 10 umowy o roboty budowlane z dnia 12 maja 2011 r. (pismo, k. 199)

Po odstąpieniu od umowy, w połowie czerwca 2012 r., okazano radcy prawnemu gwarancję bankową. A. M. (1) uznał, iż gwarancja ubezpieczeniowa nie obejmuje roszczenia z tytułu kary umownej za odstąpienie. Przygotował wezwanie wykonawcy do zapłaty z dnia 21 czerwca 2012 r. kwoty 546.150,00 zł. W wezwaniu do zapłaty wyznaczono termin na zaspokojenie 14 dni.

Pismem z dnia 21 czerwca 2012 r. wezwał wykonawcę do zapłaty kwoty 546.150 zł z tytułu kary umownej za odstąpienie z winy wykonawcy, w terminie 14 dni. (zeznania A. M. (2) i B. B. złożone na rozprawie w dniu 20 października 2015 r., oświadczenie o odstąpieniu od umowy, k. 199, wezwanie do zapłaty, k. 17).

K. G. był upoważniony z tytułu umowy gwarancji nienależytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek o nr (...) do żądania w okresie od 5 lipca 2011 r. do 30 czerwca 2012 r. wypłaty do kwoty 291.600,00 zł, z tytułu wymagalnych kar umownych, w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy z dnia 12 maja 2011 r. Aby żądanie wypłaty mogło być zrealizowane należało doręczyć gwarantowi pisemne oświadczenie, że zobowiązany nie wykonał lub wykonał nienależycie umowę objętą gwarancją i nie dokonał zapłaty wymagalnych kwot, w terminie obowiązywania gwarancji - 30 czerwca 2012 r. (k. 34)

Pismem z dnia 26 czerwca 2013 r. (...) S.A. V. (...) odmówiło wypłaty sumy gwarancyjnej. Wskazano, iż żądanie zostało zgłoszone po upływie terminu ważności gwarancji. (pismo z dnia 26 czerwca 2013 r., k. 14)

Pismem z dnia 13 grudnia 2013 r. (...) S.A. w W. ponownie odmówiła wypłaty kwoty z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej. Wskazano, iż ważność gwarancji wygasła 30 czerwca 2012 r., a żądanie zostało zgłoszone po tej dacie. (pismo z dnia 13 grudnia 2013 r., k. 13)

Pismem z dnia 10 maja 2014 r. K. G. wezwał (...) S.A. w W. oraz Towarzystwo (...) S.A. w W. do likwidacji szkody z tytułu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wynikającej z umowy poprzez zapłatę kwoty 291.600 zł wraz z odsetkami od dnia 4 sierpnia 2014 r. , w terminie 30 dni od dnia otrzymania wezwania. (k. 27-29)

A. M. (3) objęty był ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej z (...) S.A. w W. oraz Towarzystwa (...) S.A. w W. o nr polisy (...) oraz (...) (k. 27-29, bezsporne).

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że dokonał ustaleń stanu faktycznego w oparciu o dokumenty, których wiarygodności i mocy dowodowej nie kwestionowała żadna ze stron, a Sąd nie znalazł ku temu podstaw z urzędu. Nadto na podstawie zeznań słuchanych w sprawie świadków tj. A. M. (2) i B. B. zdaniem Sądu Okręgowego należało przyjąć, iż okazano A. M. (2) dokument gwarancji, w czerwcu 2012 r. Daty dokładnej świadkowie nie pamiętali. B. B. zeznał, iż było to w okolicach połowy czerwca, a A. M. (1) wskazywał na okres po odstąpieniu od umowy. Zeznania świadków w ocenie Sądu I instancji był spójnie i zasługiwały na wiarę.

Po dokonaniu powyższych ustaleń faktycznych, Sąd Okręgowy wskazał, że odpowiedzialność pełnomocnika należało ocenić pod kątem należytego wykonania zobowiązania, a więc w oparciu o treść art. 471 k.c. Sąd Okręgowy wskazał, że dla zaistnienia odpowiedzialności odszkodowawczej konieczne jest kumulatywne wystąpienie:

- 1) szkody po stronie poszkodowanego,
- 2) winy po stronie zobowiązanego oraz
- 3) związku przyczynowego pomiędzy ową winą a wystąpieniem szkody.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że umowa zlecenia ma charakter umowy starannego działania (art. 734 i następne k.c.), a wzorzec należytej staranności radcy prawnego określa ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych w art. 3 ust. 2., zgodnie z którym przy wykonywaniu swojego zawodu radca prawny zobowiązany jest do zachowania staranności wynikającej z wiedzy prawniczej oraz zasad etyki, a celem udzielonej przez niego pomocy prawnej jest ochrona interesów mocodawcy (art. 2 ustawy) i w tym celu powinien samodzielnie prowadzić sprawę, dbając o należyte wykorzystanie przewidzianych przez prawo środków (art. 14 ustawy). Sąd Okręgowy podkreślił, iż osoby, które z racji wykonywanego zawodu występują jako pełnomocnicy stron, zobowiązane są do zachowania podwyższonej staranności, jakiej można wymagać od profesjonalnych uczestników obrotu prawnego. Kryterium należytej staranności jest podwyższone z tej racji, że adwokat, radca prawny lub doradca podatkowy posiadają stosowne przygotowanie i znajomość procedur zapewniające prawidłowe prowadzenie sprawy. Sąd Okręgowy stwierdził, że naruszenie należytej staranności w myśl art. 472 k.c. stanowi przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie art. 471 k.c.

Przenosząc powyższe teoretyczne rozważania prawne na grunt przedmiotowej sprawy, Sąd Okręgowy stwierdził, że uznać należało, iż pełnomocnik dopuścił się niestaranności. Jego obowiązkiem, jako radcy prawnego reprezentującego przedsiębiorcę, było bowiem przygotowanie dokumentów związanych z odstąpieniem od umowy, a także wezwaniem do zapłaty kary umownej i zgłoszenie roszczeń z tytułu gwarancji bankowej. Skoro zatem dokument gwarancji bankowej został przedstawiony radcy prawnemu, po odstąpieniu od umowy, w połowie czerwca, w ocenie Sądu Okręgowego, było wystraszająco dużo czasu, aby spowodować wymagalność roszczenia z tytułu gwarancji. Zdaniem Sądu I instancji wyznaczenie terminu 14 dni na zaspokojenie roszczenia, w okolicznościach sprawy nie było uzasadnione. Sąd Okręgowy wskazał, iż taki termin nie wynikał z umowy, nie ma w tym zakresie także ustalonych wiążących strony zwyczajów ani praktyk. Zasadne zatem było wyznaczenie terminu krótszego, jak 3 czy 7 dni, który w pełni pozwala na czynności związane z zaspokojeniem roszczenia, tak aby w terminie do 30 czerwca 2012 r., z którym następował upływ terminu gwarancji, roszczenie zostało zgłoszone.

Nadto w ocenie Sądu Okręgowego, radca prawny zaniechał zgłoszenia roszczenia z tytułu gwarancji, wskazując, iż nie jest ono zasadne, którego to stanowiska Sąd Okręgowy nie podzielił. Sąd I instancji podkreślił, że w sprawie wykazane zostało, iż wykonawca umowy o roboty budowlane pozostawał w opóźnieniu, co wynika z korespondencji

stron przedstawionej w sprawie. Podstawą odstąpienia od umowy było także opóźnienie w wykonaniu zobowiązania. Wykonywanie umowy z przekroczeniem terminów umówionych należało zatem zdaniem Sądu Okręgowego uznać za podstawę powstania kary umownej z tytułu odstąpienia, które to roszczenie objęte było gwarancją bankową (k. 34).

Wskazane okoliczności stanowiły w ocenie Sądu Okręgowego o nienależyтым wykonywaniu obowiązków i dopuszczeniu się uchybień radcy prawnego, reprezentującego powoda na podstawie umowy zlecenia.

Sąd Okręgowy uznał, iż powód poniósł szkodę pozostającą w związku z zaniechaniem radcy prawnego w przewidzianym w art. 361 § 1 k.c. związku przyczynowym. Sąd I instancji ocenił, iż gdyby radca prawny w sposób należyty sporządził wezwanie do zapłaty oraz dokonał zgłoszenia roszczenia z tytułu gwarancji, powód uzyskałby w ten sposób zaspokojenie.

Zdaniem Sądu Okręgowego powód wykazał szkodę w rozumieniu art. 361 § 2 k.c., bowiem gdyby roszczenie z tytułu gwarancji zostało zgłoszone, ubezpieczyciel wypłaciłby kwotę 291.600,00 zł, której wysokość znajduje oparcie w umowie gwarancji oraz umowie o roboty budowlane i nie była ona sporna w sprawie.

W ocenie Sądu Okręgowego przyjąć także należało, że pomiędzy działaniem pełnomocnika a szkodą zaistniał normalny związek przyczynowy w rozumieniu przepisu art. 361 § 1 k.c., który może być uznany za rodzący odpowiedzialność pełnomocnika. Gdyby bowiem radca prawny wywiązał się ze swych obowiązków, zgodnie z przyjętym dla niego, jako fachowego pełnomocnika, miernikiem należytej staranności, powód otrzymałby świadczenie i nie poniósł szkody.

Powyższe pozwalało zdaniem Sądu I instancji na przyjęcie, że powód wykazał istnienie przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego przewidzianej w art. 471 k.c.

Sąd Okręgowy wskazał, że do zdarzenia wywołującego szkodę doszło w okresie kiedy ochrony ubezpieczeniowej w ramach obowiązkowego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności, o których mowa w art. 4 ust. 1 i art. 6 ust. 1. ustawy o radcach prawnych, udzielali zobowiązanemu pozwani, a zakres ubezpieczenia jest uregulowany w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej radców prawnych (Dz. U. z dnia 18 grudnia 2003 r.).

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 471 k.c. i art. 822 k.c. Sąd Okręgowy zasądził od pozwanych na rzecz powoda kwotę 291.600,00 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 4 sierpnia 2014 r. z zastrzeżeniem, że zapłata przez jednego z pozwanych zwalnia drugiego. Sąd Okręgowy wyjaśnił, że odpowiedzialność obu pozwanych wynika z odrębnych stosunków prawnych (umów) na podstawie art. 822 k.c. Zatem po stronie pozwanych zachodzi odpowiedzialność in solidum.

O odsetkach Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 481 § 1 k.c. biorąc pod uwagę, że powód wystosował wezwanie do zapłaty z dnia 10 maja 2014 r. wskazując, iż należne są odsetki od 4 sierpnia 2014 r. (k. 29), toteż pozwani pozostawali w opóźnieniu od ww. wskazanego dnia. W pozostałym zakresie roszczenie o odsetki podlegało oddaleniu.

O kosztach Sąd Okręgowy orzekł na zasadzie odpowiedzialności za wynik procesu wskazanej w art. 98 k.p.c.

Pozwani wnieśli apelację od powyższego wyroku, zaskarżając go w części tj. w zakresie punktu I i III wyroku, zarzucając mu niewłaściwą ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez uznanie, że:

1. powód udowodnił, iż gwarancja dotyczyła zapłaty kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, podczas gdy powodem odstąpienia powoda od umowy była zwłoka w wykonaniu prac i naliczone z tego tytułu kary umowne, co nie było przedmiotem gwarancji ubezpieczeniowej,
2. powód wykazał wysokość poniesionej szkody.

Wskazując na te zarzuty, pozwani wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanych kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa prawnego, za obie instancje według norm przepisanych.

Powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja podlega oddaleniu.

Sąd II instancji podziela ustalenia Sądu Okręgowego i uznaje je za własne. Wymagają one natomiast doprecyzowania, gdyż Sąd Okręgowy dopuścił się kilku oczywistych omyłek przy dokonywaniu ustaleń oraz uzupełnienia o kilka istotnych dla rozpoznania apelacji okoliczności faktycznych, które nie zostały wyeksponowane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Jeśli chodzi o wyżej wskazane omyłki, to po pierwsze należy stwierdzić, że w sprawie mamy do czynienia z „gwarancją należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek”, a nie jak wskazał Sąd Okręgowy z „gwarancją nienależytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek”. Po drugie po odstąpieniu od umowy, w połowie czerwca 2012 r., okazano radcy prawnemu gwarancję ubezpieczeniową, a nie gwarancję bankową, którego to zwrotu użył Sąd I instancji na 2 stronie uzasadnienia. Po trzecie, z uwagi na to, że Sąd Okręgowy zamiennie wymieniał nazwisko radcy prawnego jako (...), (...) i (...), kategorycznie trzeba wskazać, że poprawne nazwisko radcy prawnego, który był pełnomocnikiem powoda brzmi (...) (vide przesłuchanie ww. osoby jako świadka k. 117).

Dodatkowo zaś Sąd Apelacyjny ustala, co następuje.

Treść ubezpieczeniowej gwarancji zawierała zapis, z którego wynika, że Towarzystwo (...) gwarantowało nieodwołanie i bezwarunkowo na zasadach określonych w gwarancji zapłatę objętych nią należności. Zapłata przez Towarzystwo (...) kwoty z gwarancji miała nastąpić w terminie 30 dni od dnia doręczenia do Towarzystwa (...) przez Beneficjenta gwarancji pisemnego żądania wypłaty wraz z dokumentami wymienionymi w pkt. 4 ppkt. 1-3 gwarancji, przy czym zgodnie z pkt. 5 ppkt. 3 gwarancji żądanie wypłaty powinno być doręczone do Towarzystwa (...) najpóźniej w terminie 3 dni po okresie ważności gwarancji, który przypadał odnośnie spornej należności na 30 czerwca 2012 r., w formie pisemnej pod rygorem nieważności (tekst gwarancji k. 34.). Postanowieniem z dnia 13 czerwca 2012 r. została ogłoszona upadłość kontrahenta powoda tj. spółki Zakład Budowlany (...) sp. z o. o. i postępowanie to na dzień zamknięcia rozprawy przed Sądem Apelacyjnym nie zostało ukończone (vide aktualny odpis z KRS ww. spółki k. 273). Powód odstąpił od umowy pismem dnia 1.06.2012 r., które zostało doręczone Zakładowi Budowlanemu (...) sp. z o. o. w dniu 4 czerwca 2012 r. (kopia pisma potwierdzona za zgodność z oryginałem k. 199). Powód dokonał zgłoszenia swojej wierzytelności z tytułu kar umownych w tym postępowaniu upadłościowym, jednakże nie uzyskał z tego tytułu jakiegokolwiek kwoty z masy upadłości (vide: twierdzenie pełnomocnika powoda na rozprawie apelacyjnej k. 286 niekwestionowane przez obecnego na rozprawie pełnomocnika pozwanych, a tym samym była to okoliczność nie wymagająca dowodu w zw. z treścią art. 229 i 230 k.p.c.).

Przed odniesieniem się do zarzutów apelacji podkreślenia wymaga to, że sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiąza go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego, w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania. Oznacza to, że sąd drugiej instancji nie może z urzędu wziąć pod rozwagę uchybień przepisom prawa procesowego nieobjętych zarzutami apelacji. Obowiązkiem tego sądu jest natomiast rozpoznanie podniesionych w apelacji zarzutów odnoszących się do przepisów postępowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 07.04.2011 r., I UK 357/10, oraz uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego, mająca moc zasady prawnej z 31.01.2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008 r. Nr 6, poz. 55). Odnosząc się zatem do apelacji pozwanych w pierwszej kolejności należy wskazać, że apelacja sporządzona przez zawodowego pełnomocnika nie zawiera w ogóle zarzutów dotyczących naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisów postępowania i w konsekwencji nie może podważyć

prawidłowości ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd I instancji, zresztą tego typu zarzutów skarżący także nie zgłaszają wprost.

W apelacji został podniesiony zarzut niewłaściwej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez uznanie, że powód udowodnił, iż gwarancja dotyczyła zapłaty kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, podczas gdy powodem odstąpienia powoda od umowy była zwłoka w wykonaniu prac i naliczone z tego tytułu kary umowne, co nie było przedmiotem gwarancji ubezpieczeniowej. W ocenie pozwanych powód nie mógł żądać zapłaty gwarancji albowiem w ogóle nie doszło do wykonania umowy albowiem powód odstąpił w dniu 1.06.2012 r. od umowy i na tej podstawie zażądał od swojego kontrahenta zapłaty kary umownej w kwocie 546.150 zł. Zdaniem pozwanych sporna gwarancja nie obejmowała odpowiedzialności Zakładu (...) w przypadku odstąpienia powoda od umowy. Wskazali, że kary umowne wynikające z innych tytułów nie były objęte gwarancją ubezpieczeniową, a tym samym brak było podstaw do ich żądania od gwaranta, a tym samym nie było podstaw do występowania z żądaniem zapłaty w tym zakresie. Zdaniem pozwanych Sąd Okręgowy nie dokonał w tym zakresie analizy, aby wykazać, że takie właśnie stanowisko zaprezentowane przez radcę prawnego A. M. (3) w opinii prawnej było nieprawidłowe i niezgodne ze złożoną gwarancją.

Faktycznie jest to zatem zarzut dotyczący dokonania błędnej wykładni umowy gwarancji ubezpieczeniowej, a nie zarzut niewłaściwej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego w rozumieniu art. 233 § 1 k.p.c. Taki zaś zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego skarżący nie podnosi tego rodzaju argumentów, które pozwoliłyby na przyjęcie, że Sąd Okręgowy błędnie zinterpretował treść umowy gwarancji oraz by błędnie uznał, że nie byłoby podstaw do żądania od ww. Towarzystwa (...) wypłaty kwoty z gwarancji objętej pozwem.

Gwarancja udzielona przez Towarzystwo (...) zabezpieczała roszczenia powoda jako beneficjenta w stosunku do zobowiązanego wykonawcy tj. Zakładu Budowlanego (...) Sp. z o. o. z siedzibą we W., powstałe z tytułu wymagalnych kar umownych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy nr (...) z dnia 12.05.2011 r. Umowa ta była umową o roboty budowlane. Niespornym w sprawie było także to, że powód odstąpił od tej umowy. Okoliczności podane jako przyczyny odstąpienia od umowy i wskazane przez Sąd Okręgowy, nie zostały zakwestionowane przez pozwanych w apelacji, a była to zwłoka w wykonaniu robót, przekraczająca 30 dni w stosunku do przyjętego harmonogramu robót, która uprawniała powoda do odstąpienia od umowy w oparciu o treść § 10 ust. 1 umowy o roboty budowlane. Te okoliczności wskazują, na co najmniej, nienależyte wykonanie zobowiązania przez wykonawcę. Taka zaś sytuacja uzasadniała zatem nie tylko odstąpienie od umowy ale jednocześnie dawała powodowi prawo w oparciu o § 11 ust. 1 pkt c umowy do naliczenia kar umownych za odstąpienie od umowy z winy wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego, a w szczególności z przyczyn wymienionych właśnie w §10 ust. 1, czyli z powodu nienależytego wykonania umowy, które polegało na zwłoce w realizacji robót z przyczyn leżących po jego stronie, w stosunku do przyjętego harmonogramu więcej niż 30 dni roboczych.

W konsekwencji uprawnione było twierdzenie, że kara za odstąpienie od umowy z winy wykonawcy zastrzeżona w § 11 ust. 1 pkt c umowy z dnia 12.05.2011 r. była karą umowną naliczoną w związku z nienależytym wykonaniem umowy Nr (...) z dnia 12.05.2011 r., o czym stanowi ubezpieczeniowa gwarancja należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek, której dotyczy niniejszy spór. Z tych względów należało uznać, że radca prawny A. M. (3) nie miał racji wydając powodowi opinię co tego, że gwarancja ta nie obejmuje roszczenia z tytułu kar umownych, jakie powód naliczył Zakładowi Budowlanemu (...) Sp. z o. o. z siedzibą we W..

Tym samym trzeba przyjąć, że z winy ww. radcy prawnego, który udzielił złej porady prawnej, powód nie skorzystał ze spornej gwarancji, nie wystąpił w okresie ważności gwarancji o jej realizację do Towarzystwa (...), które taką gwarancję powinno było zrealizować, a tym samym sam powód poniósł z tego tytułu szkodę majątkową.

Nie mają przy tym racji skarżący, że na skutek odstąpienia od umowy powód nie miał już prawa do żądania kar umownych za odstąpienie do umowy przewidzianych tą umową. Niewątpliwie umowa o roboty budowlane, której zabezpieczeniem była gwarancja, rozwiązała się na skutek odstąpienia przez powoda od umowy (okoliczność

niekwestionowana w apelacji). Nie jest jednak tak, że odstąpienie to wywołało w tym przypadku skutek *ex tunc* oraz wykreowało fikcję prawną, wedle której umowa nie została zawarta i w związku z tym nie obowiązują jej zapisy o karze umownej. W tej kwestii utrwalone jest orzecznictwo, z które Sąd Apelacyjny podziela i że którego wynika, że odstąpienie od umowy wywołuje skutki w zakresie obowiązywania umowy i sposobu jej rozliczenia, nie oznacza natomiast zmiany po stronie dłużnika. Na skutek odstąpienia od umowy w sytuacjach objętych czy to hipotezą art. 494 k.c. czy na podstawie analogicznie stosowanego art. 395 § 2 zdanie pierwsze k.c., następuje zniweczenie wężła obligacyjnego wynikającego z umowy, utrzymują się natomiast, przełamując zasadę akcesoryjności, postanowienia umowne dotyczące kar umownych, przewidziane przez strony właśnie na wypadek odstąpienia od umowy, gdy aktualizuje się odpowiedzialność jednej ze stron umowy za szkodę spowodowaną niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania (tak: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 2014 r., I CSK 345/13, LEX nr 1532768 i z dnia 24 czerwca 2014 r., I CSK 392/13, LEX nr 1532770). Odstąpienie od umowy nie mieści się więc w pojęciu zwolnienia z zobowiązań z tytułu przewidzianych umową kar za odstąpienie od umowy, a tym samym nie zwalnia z zobowiązania określonego w gwarancji, a co za tym idzie, nie zostało wykazane, aby zaistniały okoliczności wyłączające obowiązek zapłaty z gwarancji z tego powodu, że powód odstąpił od umowy (por także wyrok Sadu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29 października 2015 r., sygn. akt I ACa 156/15).

W tej sytuacji oraz wobec tego, że pozwani nie wykazują, by mogły być inne problemy z wywiązaniem się przez powoda z formalnych obowiązków co do sposobu złożenia wezwania gwaranta do realizacji gwarancji, wskazując jedynie na możliwość jego złożenia po terminie ważności gwarancji, możliwość realizacji przez powoda uprawnienia z gwarancji po spełnieniu przez niego przesłanek do ich dochodzenia jawi się jako wielce prawdopodobna. Przekonanie to wynika także z tego, że w sprawie mamy do czynienia z gwarancją nieodwołalną i bezwarunkową, a taka gwarancja ma charakter abstrakcyjny, nieakcesoryjny, co powoduje, że spełnienie wynikającego z niej świadczenia przez gwaranta nie mogłoby być uzależnione od merytorycznej zasadności żądania zapłaty, a zatem wykazania istnienia zobowiązania, z którego świadczenie gwarant ma zaspokoić, gwarant mógłby tylko uzależnić swój obowiązek świadczenia od spełnienia przez beneficjenta warunków wskazanych w treści gwarancji i tylko w razie ich nie spełnienia mógłby odmówić zaspokojenia interesu powoda jako beneficjenta (por. wyrok SN z 13 stycznia 2005 r., III CK 155/04, czy wyrok Sn z 30 listopada 2018 r., I CSK 662/17). Wynika to z istoty gwarancji ubezpieczeniowej jako jednostronnie zobowiązującej umowy, która jest odrębnym, niezależnym od stosunku prawnego, który zabezpiecza, zobowiązaniem gwaranta wobec beneficjenta (por. uchwała siedmiu sędziów SN z 16. Kwietnia 1993 r., III CZP 16/93 i wyro SN z 13 stycznia 2005 r., III CK 155/04. Cechą charakterystyczną gwarancji nie jest przejęcie zobowiązań dłużnika, lecz przejęcie ryzyka transakcji, które ponosi wierzyciel (por. wyrok SA w Krakowie z 22 kwietnia 2015 r., I ACa 187/15). Warunek bezwarunkowości gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej spełniony jest w przypadku, gdy zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, tj. gdy wypłata kwoty wskazanej w gwarancji musi nastąpić na podstawie samego żądania wypłaty kwoty, skierowanego przez zamawiającego do gwaranta tak jak to ma miejsce w przedmiotowej sprawie. Gwarancja straciłaby przymiot bezwarunkowości w przypadku, gdyby żądanie zapłaty musiało być uzasadniane, a więc kiedy gwarant mógłby badać podstawy zasadności żądania zapłaty, skierowanego przez zamawiającego do gwaranta (por. wyroki KIO z 7 lipca 2014 r. (sygn. KIO 1279/14). Podstawową przesłanką odpowiedzialności ubezpieczyciela wobec beneficjenta jest fakt niewykonania przez osobę trzecią oznaczonego świadczenia, a nie fakt zaistnienia szkody oraz to, że rozmiar odpowiedzialności banku jest z góry oznaczony przez wysokość uzgodnionej sumy gwarancyjnej, a nie rozmiarem poniesionej przez beneficjenta szkody (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 1996 r., I CKU 30/96, LEX nr 1095807). Gwarant jest więc obowiązany do wypłaty kwoty przewidzianej w umowie gwarancji wobec zaistnienia zdarzenia w niej przewidzianego, bez potrzeby wykazywania przez beneficjenta ewentualnej szkody.

W tych okolicznościach prawdopodobieństwo uzyskania wypłaty z gwarancji, gdyby radca prawny podjął staranne działania, jest bardzo wysokie. Pozwany nie tylko nie wykazał, ale nawet nie uprawdopodobnił tego, że nie byłoby możliwym zrealizowanie przez powoda czynności o których mowa w pkt. 4 i 5 gwarancji, których spełnienie było wymogiem formalnym, od ziszczenia się którego ubezpieczyciel mógł uzależnić wypłatę gwarancji, w szczególności, że z pkt 5 ppkt 3 gwarancji wynika, że pismo zawierające żądanie zapłaty mogło być doręczone w terminie 3 dni po okresie ważności gwarancji.

W konsekwencji należy stwierdzić, że zasadnie uznał Sąd Okręgowy, że gdyby radca prawny A. M. należycie zredagował wezwanie do zapłaty oraz dokonał zgłoszenia o wypłatę z gwarancji kwoty 291.600 zł, to bardzo prawdopodobnym jest, że kwota ta zostałaby wypłacona przez (...) SA V. (...) w W., a nawet, gdyby podmiot ten odmówił dobrowolnie wypłaty, to powód miałby realną szansę na uzyskanie korzystnego dla siebie wyroku w sporze z ww. ubezpieczycielem –gwarantem wypłaty, co do którego ewentualna skuteczna przymusowa egzekucja jawi się jako bezproblemowa. Trzeba podkreślić, że apelacja w ogóle nie zakwestionowała ustalenia Sądu Okręgowego co do tego, że istniały podstawy do odstąpienia od umowy przez powoda z tego powodu, że kontrahent powoda nienależycie wykonał umowę tj. opóźnił się z jej realizacją oraz tego, że było możliwe wezwanie tego kontrahenta do zapłaty kar umownych w zdecydowanie krótszym terminie. W konsekwencji nie można uznać za przekonujący argument apelacji, że nie było możliwe wystąpienie z żądaniem wypłaty z gwarancji przed terminem upływu jej ważności. Jest to tylko polemika z prawidłowym ustaleniem Sądu Okręgowego co do tego, że było możliwe w terminie i trybie przewidzianym gwarancją.

Niezrozumiały jest zarzut nieudowodnienia wysokości szkody. Oczywistym jest bowiem, że szkodą tą jest równowartość kwoty z gwarancji, która nie wypłynęła na konto strony powodowej z uwagi, na nie zwrócenie się w terminie do gwaranta o wpłatę z gwarancji.

W tym stanie rzeczy apelacja została oddalona na podstawie art. 385 k.p.c.

O sprostowaniu oczywistego błędu pisarskiego, jaki wystąpił w treści zaskarżonego wyroku orzeczono na podstawie art. 350 § 1 i 3 k.p.c.

O kosztach procesu w postępowaniu apelacyjnym Sąd II instancji orzekł stosownie do treści art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 k.p.c. i § 2 pkt 7 i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych z dnia 22 października 2015 r., (Dz. U. z 2015 r. poz. 1804) w wersji tego przepisu, która obowiązywała po dniu 27 października 2016 r., z uwagi na to, że apelacja została wniesiona w grudniu 2016 r. Koszty procesu zostały zasądzone od pozwanych solidarnie na rzecz powoda na podstawie art. 105 § 2 k.p.c., bowiem zgodnie z poglądami doktryny z odpowiedzialnością współuczestników odpowiadających solidarnie należy zrównać odpowiedzialność współuczestników odpowiadających na zasadzie solidarności nieprawidłowej (in solidum).