

Sygn. akt I ACa 412/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 marca 2017 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Małgorzata Gawinek (spr.)
Sędziowie:	SA Tomasz Żelazowski SO del. Agnieszka Bednarek - Moraś
Protokolant:	sekr.sądowy Emilia Startek

po rozpoznaniu w dniu 16 lutego 2017 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa (...) spółki akcyjnej w W.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 8 lipca 2015 roku, sygn. akt VIII GC 307/12

I. oddala apelację,

II. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Agnieszka Bednarek-Moraś Małgorzata Gawinek Tomasz Żelazowski

Sygn. akt I ACa 412/16

UZASADNIENIE

Powódka (...) Spółka Akcyjna w W., pozwem złożonym 6 września 2012 wniosła o zasądzenie od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. kwoty 401.211,71 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu oraz kosztami procesu. Powódka w tym procesie dochodziła zwrotu bezprawnie pobranej przez pozwaną kwoty 319.342,82 zł z gwarancji bankowej wraz ze skapitalizowanymi odsetkami w kwocie 81.867.89 zł, liczonymi od dnia pobrania poszczególnych kwot przez pozwanego na dzień wniesienia pozwu i z dalszymi odsetkami od tak określonej daty. Powódka wskazała, że gwarancja nie została udzielona w celu zabezpieczenia ewentualnych przyszłych roszczeń wierzycieli, lecz w celu zabezpieczenia usunięcia wad i usterek robót. Podkreśliła, że prace wykonała zgodnie z umową,

projektem i wytycznymi geodezyjnymi oraz że to pozwana powinna dokonać weryfikacji zgodności prowadzonych robót z dokumentacją projektową, przekazać projekty otrzymane od projektanta. Stwierdziła też brak podstaw do uznania, że nieprawidłowe posadowienie ogrodzenia stanowi wadę, która ujawniła się po dokonaniu odbioru.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki kosztów procesu. Zaprzeczyła zasadności roszczenia powódki, nadto przedstawiła do potrącenia poniesione przez nią koszty usunięcia wad wykonanych przez powódkę robót od strony ul. (...) w K. w wysokości 48.485,73 zł, konieczne do poniesienia przez pozwaną koszty usunięcia wad wykonanych przez powódkę robót od strony ul. (...) w K., kwotę odszkodowania należnego pozwanej od powódki z tytułu wprowadzania pozwanej w błąd przez powódkę w przedmiocie należytego wykonania łączącej strony umowy i tym samym wyłudzenia przez powódkę od pozwanej zapłaty za wadliwie zrealizowane przez powódkę prace, należną pozwanej od powódki karę umowną w oparciu o §24 ust. 3 i 4 umowy - z tytułu przekroczenia przez powódkę umówionego terminu zakończenia robót oraz nieusunięcia wad tych robót w umownym terminie 1 miesiąca od dnia ich wykrycia - w łącznej wysokości 324.750 zł.

Wyrokiem z 8 lipca 2015 Sąd Okręgowy w Szczecinie zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 337.238,85 zł z ustawowymi odsetkami od 6 września 2012 (pkt I), oddalił powództwo w pozostałej części (pkt II), zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 27.176 zł tytułem kosztów procesu (pkt III) i nakazał pobrać od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotę 1268,61 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych (VI).

Sąd ten ustalił, że 26 października 2007 pomiędzy pozwanym - inwestorem a powódką – generalnym wykonawcą zawarta została umowa o roboty budowlane, na mocy której powódka przyjęła do realizacji roboty objęte Przedsięwzięciem Inwestycyjnym – halę produkcyjną wraz z zapleczem socjalno – biurowym oraz z zagospodarowaniem terenu zlokalizowaną w K. w województwie (...) na działkach (...) po południowej stronie drogi krajowej nr (...) K. Ł., przy ulicy (...) (§3 ust. 1 w zw. z §1 ust 1). Wykonanie Przedsięwzięcia obejmowało m. in. wykonanie wszelkich prac przygotowawczych oraz związanych z zagospodarowaniem terenu budowy, które były niezbędne do rozpoczęcia i przeprowadzenia robót budowlanych w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami polskiego prawa i sztuką budowlaną, w szczególności ogrodzenie terenu budowy (...); wykonanie wszystkich niezbędnych inwentaryzacji i zabezpieczeń; powódka zobowiązała się dołożyć należytej staranności, by uzyskać pisemne potwierdzenie wykonania wszystkich niezbędnych inwentaryzacji i zabezpieczeń od właścicieli budynków i obiektów budowlanych sąsiadujących z terenem budowy, w celu wykluczenia możliwości dochodzenia przez nich roszczeń od inwestora; w przypadku nieotrzymania pisemnych potwierdzeń powódka miała niezwłocznie zawiadomić pozwaną; wykonanie projektu budowlanego, wykonawczych lub budowlano – wykonawczych w zakresie branży konstrukcyjnej i ich uzgodnienie z pozwaną i projektantem. Wskazano, że powódka zobowiązana jest do wykonania w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, określonego w §29, wszelkich prac niezbędnych do zrealizowania Przedsięwzięcia Inwestycyjnego, również tych, których konieczność ujawni się w trakcie realizacji robót. Powódka oświadczyła, że zapoznała się z terenem budowy oraz placem budowy i na dzień podpisania umowy nie wnosi żadnych zastrzeżeń co do panujących tam warunków. Oświadczenie to nie dotyczyło sieci i budowli podziemnych nie ujawnionych w załączniku nr 1 do umowy.

W §6 umowy wskazano, że projekt budowlany lub budowlano – inwestycyjny zostaną dostarczone powódce przez pozwaną z zastrzeżeniem, że projekt budowlany branży konstrukcyjnej zostanie opracowany, uzgodniony z projektantem i dostarczony powódce 16 listopada 2007 r. (...) (ust. 2). Projekt budowlany i wykonawczy w zakresie konstrukcji z obudową hali wraz z zapleczem socjalno – biurowym, fundamentów konstrukcji hali miał zostać opracowany przez powódkę, a następnie uzgodniony przez projektanta i inwestora oraz opatrzony przez pozwaną klauzulą skierowania do realizacji (ust. 3 pkt a). Również obowiązek przygotowania dokumentacji powykonawczej zgodnie z obowiązującymi przepisami i odpowiadającej celom, który służy, został nałożony na powódkę (ust. 6).

W §7 powódka zobowiązała się do wykonania i zakończenia w oparciu o przekazaną przez inwestora dokumentację i z należyłą starannością, w sposób umożliwiający prawidłowe użytkowanie obiektu całość robót objętych Przedsięwzięciem Inwestycyjnym (ust. 1). Powódka miała ponosić współodpowiedzialność za zgodność rozwiązań projektowych z obowiązującymi w Polsce przepisami i normami, w przypadku gdy nie jest autorem projektu

wykonawczego i jeżeli wykonała roboty zgodnie z tym projektem. Ponościła zaś pełną odpowiedzialność za zgodność rozwiązań projektowych w przypadku projektu wykonawczego, będącego w jego zakresie. Powódka nie ponosiła natomiast odpowiedzialności za zmiany w zakresie robót w przypadku ujawnienia błędu przed przystąpieniem do robót, które obejmuje projekt, który wykonany był przez projektanta, natomiast w przypadku projektu wykonanego przez powódkę odpowiadała również za błędy projektowe tego zakresu projektu (...) (ust. 5).

Do obowiązków pozwanej należało m. in. weryfikowanie zgodności prowadzonych robót z postanowieniami umowy, w szczególności z dokumentacją projektową określoną w §6 oraz obowiązującymi w Polsce przepisami i normami (§8 ust.2).

W §10 powódka zobowiązała się do dostarczenia pozwanej w terminie 14 dni od podpisania umowy gwarancji bankowej należytego wykonania umowy i odpowiedzialności z tytułu rękojmi i gwarancji na kwotę odpowiadającą 10% wynagrodzenia ryczałtowego netto, ważną od dnia wystawienia do dnia, w którym upłyne 3-letni okres od dnia sporządzenia protokołu odbioru końcowego Przedsięwzięcia Inwestycyjnego (...) (ust. 1).

Powódka zobowiązała się wykonać wszystkie roboty z należytą starannością, zgodnie z postanowieniami umowy oraz obowiązującymi w Polsce przepisami i obowiązującymi normami i zaleceniami pozwanej, dotyczącymi w szczególności zapewnienia wymaganej jakości robót, dotrzymania terminów pośrednich realizacji robót. Powódka miała sprawdzić przed rozpoczęciem robót stan sąsiadujących z inwestycją budynków i budowli, w tym sporządzić dokumentację opisową i fotograficzną (§12 ust. 1 i 2).

W myśl §21 ust. 1 inwestor najpóźniej w dniu rozpoczęcia robót miał przekazać protokolarnie powódce plac budowy. Podczas przekazania placu budowy pozwana miała przekazać powódce dokumentację geodezyjnego wytyczenia działki oraz wskazać punkty poboru mediów w obrębie działki niezbędnych do realizacji umowy. Powódka miała wyznaczyć i zabezpieczyć punkty geodezyjne i utrzymywać je przez cały okres realizacji robót.

W §24 strony przewidziały kary umowne. W §1 ustalono, że jeżeli powódka nie dotrzyma terminu zakończenia robót określonego w §23 lub terminu przedłużonego, zgodnie z procedurami przewidzianymi w umowie, będzie zobowiązana zapłacić z tego tytułu pozwanej karę umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia netto, określonego w §29 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia, o ile opóźnienie to nie przekroczy 1 miesiąca oraz karę w wysokości 0,2% za każdy dzień opóźnienia po tym terminie. Z kolei w ust. 2 przewidziano karę umowną za przekroczenie przez powódkę pośrednich terminów realizacji robót, nazwanych kamieniami milowymi, w wysokości 0,1% wynagrodzenia netto za zakres prac objętych danym kamieniem milowym za każdy dzień opóźnienia (...). W ust. 3 wskazano, że jeżeli termin zakończenia robót nie zostanie dotrzymany z winy powódki, kary umowne zastrzeżone w pkt 2 zostaną dodane do kar, o których mowa w pkt 1 paragrafu. Dodatkowo postanowiono, że jeżeli z powodu okoliczności określonych w pkt 1 paragrafu pozwana poniesie straty polegające na utraceniu przyznanej dotacji może dochodzić od powódki odszkodowania do wysokości rzeczywiście poniesionej straty. Stosownie natomiast do ust. 4 jeżeli powódka nie dotrzyma terminu usunięcia wad, pozwana może żądać od powódki zapłaty kary umownej w wysokości 0,02% wynagrodzenia netto, określonego w §29 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia.

Powódka udzieliła gwarancji na wykonane roboty na: 3 lata w odniesieniu do robót budowlano – montażowych, w tym parkingów i dróg z wyłączeniem konstrukcji, pokryć izolacyjnych, elewacji i urządzeń; okres 5 lat w odniesieniu do konstrukcji stalowych, pokrycia dachu, obudowy hali oraz do izolacji oraz dylatacji i fundamentów z wyłączeniem urządzeń (§26 ust. 1) (k.27-66,184).

Projekt konstrukcji został wykonany na zlecenie powódki. Projekt ten dotyczył wyłącznie budynku posadowionego na nieruchomości. Załącznik do protokołu przekazania placu budowy stanowił protokół przekazania granic na gruncie. Przekazanie nastąpiło 30 listopada 2007. Obejmował on dwie działki ewidencyjne – nr (...) oraz (...).(k. 71);

Decyzją Starosty (...) z 14 grudnia 2007, zatwierdzony został projekt budowlany i pozwanej udzielono pozwolenia na budowę hali produkcyjnej z zapleczem administracyjno – socjalnym (k. 67-69, 180).

Sąd ustalił, że w piśmie z 17 marca 2008 powódka zwróciła się do pozwanej o podanie rzędnych wysokościowych niezbędnych do usytuowania ogrodzenia w stosunku do dróg oraz ukształtowanie terenów zielonych bezpośrednio w obrębie ogrodzenia i dróg. Pismo zostało doręczone pozwanej 20 marca 2008. Pozwana nie udzieliła powódce informacji w ww. zakresie.(k. 74-75, 181-182). Powódka sporządzając projekt zagospodarowania terenu i wykonując ogrodzenie terenu budowy oparła się na danych i rzędnych terenu, zawartych w planie zagospodarowania terenu. Projekt zagospodarowania terenu przewidywał usytuowanie ogrodzenia w taki sposób, że od strony zachodniej i północnej linia ogrodzenia pokrywała się z granicą oddzielającą działki inwestycyjne (nr (...) i (...)) od działek sąsiadujących z nimi. Od strony południowej i wschodniej projektowana linia ogrodzenia przebiegała równoległe do granic działek inwestycyjnych. Przesunięcie linii ogrodzenia od granicy działek wynosiło od ok 9 do 14 m., a więc plan zagospodarowania terenu przewidywał usytuowanie ogrodzenia w całości w obrębie granic działek inwestycyjnych nr (...). Projekt przewidywał podwyższenie terenu na granicy działek od strony południowej związane z wykonaniem podjazdu pod parking, w związku z czym na granicy działek powstał uskok; w projekcie nie przewidziano zabezpieczenia tego uskoku. W projekcie nie podano konkretnych rozwiązań, w jaki sposób wykonać zaprojektowane elementy zagospodarowania terenu tak, aby nie doszło do naruszenia interesów osób trzecich, nie podano wyczerpujących informacji, jak powinno zostać wykonane ogrodzenie. Projekt nie zawierał szczegółów niezbędnych do prawidłowego wykonania ogrodzenia, powstałe na budowie problemy nie zostały również usunięte w ramach nadzoru. Układ wysokościowy ogrodzenia nie został prawidłowo zaprojektowany, nie podano na rysunkach rzędnych podstawy fundamentu i górnej krawędzi cokołu ogrodzenia. Na dokumentacji powykonawczej nie naniesiono praktycznie żadnych zmian w stosunku do projektów budowlanych.

Z dalszych ustaleń Sądu Okręgowego wynika, że w trakcie realizacji prac przez powódkę dokonano zmiany podziału ewidencyjnego gruntów, w związku z którym działka nr (...) zmieniła numer na (...), działka nr (...) na (...), w obrębie pasa drogowego ul. (...) wydzielono dodatkowo działki nr (...), od wschodu wprowadzono dodatkowo działkę nr (...).Ostatecznie zatem linia wykonanego przez powódkę ogrodzenia z dwóch stron przekroczyła granice działki inwestycyjnej, a w związku z tym zajmuje część terenu działek sąsiednich w stosunku do działki inwestycyjnej – od południa ogrodzenie w linii wschód – zachód odchyła się od strony zachodniej w kierunku południowym i wchodzi na tereny działek nr (...), zaś od wschodu ogrodzenie w linii północ – południe odchyła się od strony południowej ku wschodowi i wchodzi na teren działki nr (...). Pod względem wysokościowym powódka dokonała podwyższenia terenu od południowej strony działki. Posadowione przez powódkę ogrodzenie w zakresie jego usytuowania w rzucie poziomym nie zostało wykonane zgodnie z dokumentacją projektową. Wobec braku dokumentacji projektowej, która by w sposób prawidłowy określała projektowane rzędne wysokościowe posadowienia fundamentu i cokołu ogrodzenia, nie ma możliwości przesądzenia, czy zmieniono wysokości tych rzędnych w stosunku do tych, które powinny wynikać z dokumentacji projektowej. Od strony ulicy (...) teren został podniesiony zgodnie z założeniami przyjętymi w planie zagospodarowania terenu.

Sąd ustalił, że obiekt został przekazany pozwanej 12 sierpnia 2008. W protokole z 5 września 2008, sporządzonym w obecności przedstawicieli obydwóch stron stwierdzono, że zostały usunięte wszystkie usterki i braki. Pozwana potwierdziła, że przyjmuje przedmiot odbioru bez zastrzeżeń.(k. 70, 185,186).

Pozwana 2 października 2008 dokonała zgłoszenia reklamacyjnego nr 1, w którym wskazała na niewłaściwe wytyczenie i wykonanie ogrodzenia zrealizowanej hali. Wniosła o dokonanie prac naprawczych. Do pisma dołączono pismo (...) z 2 października 2008, w którym wskazano że ogrodzenie terenu zostało wzniesione na terenie działek nr (...), stanowiących własność (...) i przeznaczonych na pas drogowy. Powyższe ujawniło się w trakcie tyczenia przebiegu drogi przez wykonawcę – spółkę (...). Pozwana wniosła o rozbiórkę kolizyjnego z budową dróg ogrodzenia i jego odtworzenie po geodezyjnym wytyczeniu w granicach nieruchomości pozwanej na rzędnych wysokościowych dostosowanych do rzędnych realizowanej drogi.

Wnioski dotyczące przekroczenia granic działek zostały potwierdzone po wykonaniu geodezyjnych pomiarów kontrolnych przez firmę geodezyjno – kartograficzną M. w P..

Ponowne wezwanie do dobrowolnej likwidacji samowoli budowlanej i jej skutków na działkach nr (...) spółka (...) skierowała do pozwanej 24 listopada 2008. Wskazała, że uniemożliwia ona dokończenie budowanej drogi wewnętrznej i powoduje znaczny wzrost kosztów budowy.

Z ustaleń Sądu pierwszej instancji wynika, że powódka przystąpiła do demontażu ogrodzenia na odcinku wzdłuż parkingu i ustawiła ogrodzenie zastępcze. Wyrażała wolę wykonania murku oporowego za dodatkowym wynagrodzeniem. Spółka (...) zwróciła się do pozwanej o wstrzymanie robót związanych z przebudową istniejącego ogrodzenia terenu zakładu pozwanej do czasu przedstawienia do uzgodnienia projektu zamiennego budowy ogrodzenia wzdłuż granic nieruchomości. Prace zostały wstrzymane.

Powódka stwierdziła przesunięcie ogrodzenia poza granice terenu inwestycji. Stwierdziła również, że układ drogowy i wysokościowy ogrodzenia został wykonany zgodnie z rysunkami dokumentacji technicznej dostarczonej przez pozwaną. Zobowiązała się przesunąć ogrodzenie do linii krawężnika, zachowując dotychczasowy układ wysokościowy ogrodzenia, do 24 października 2008. Pismem z 21 października poinformowała, że przystępuje do wykonania ww. prac. Następnie przedstawiła kolejność oraz technologię wykonywania prac naprawczych, dołączając rysunek przedstawiający technologię montażu. Wskazała, że termin montażu zostanie podany po akceptacji przedstawionej technologii i do czasu akceptacji sposobu usunięcia usterki, jej procedura zostaje zawieszona. Powódka deklaruje gotowość przesunięcia spornego ogrodzenia linii krawężnika przy zachowaniu dotychczasowego układu wysokościowego. Wskazywała, że wykonała prace zgodnie ze zleceniem i projektami, a pozwana odebrała prace bez zastrzeżeń. Nie ma przy tym podstaw, aby wykonywała ogrodzenie według nowej koncepcji, ponosząc koszty z tym związane. Zadeklarowała gotowość wykonania ogrodzenia zgodnie z zaleceniami Biura (...), o ile koszty tego przedsięwzięcia pokryje pozwana na podstawie odrębnego zlecenia. Zgodnie ze stanowiskiem biura należało zaś wykonać murek oporowy z żelbetu.

Pozwana propozycję powódki uznała za przejaw uchylania się od odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy. Przekazany powódce projekt nie przewidywał bowiem wykonania ogrodzenia na gruncie, do którego pozwana nie posiadała tytułu prawnego. Powołała się na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, przewidzianego w umowie stron i obowiązek wykonania prac niezbędnych do osiągnięcia celu umowy. W ocenie pozwanej powódka miała możliwość zasygnalizowania niemożności zrealizowania umowy z uwagi na istniejące uwarunkowania terenowe, a nadto przedłożyła nierzetelne obmiary geodezyjne i wykonała ogrodzenie bez przywrócenia stanu wysokościowego sąsiednich działek. Pozwana wezwała powódkę do wykonania projektu zamiennego ogrodzenia zgodnie z zaleceniami Biura (...), jego uzgodnienia z projektantem oraz realizacji prac. Wskazała, że w razie obstrukcji powierzy poprawienie przedmiotu umowy wykonawcy zastępczemu na koszt i ryzyko powódki, zaś w celu pokrycia kosztu tych prac skorzysta z udzielonej gwarancji bankowej.

Powódka podtrzymała dotychczasowe stanowisko wskazując, że jedynym błędem było miejsce posadowienia ogrodzenia. Uznała, że nie ma podstaw do powierzenia przesunięcia ogrodzenia innemu podmiotowi oraz skorzystania z gwarancji bankowej.

W odpowiedzi na zgłoszenie reklamacyjne dokonane przez pozwaną powódka w piśmie z 6 lutego 2009 wskazała, że wykonała prace zgodnie z przekazanym przez pozwaną projektem. Podniosła, że protokół przekazania granic na gruncie obejmuje swym zakresem obszar inny, niż w momencie przekazania reklamacyjnego, a powódka nie została poinformowana o zmianie granic ewidencyjnych działek. Odnosząc się do kwestii rzędnych wysokościowych podkreśliła, że nie otrzymała odpowiedzi na pismo z 17 marca 2008, w którym zawarła zapytanie dotyczące tych kwestii. Powódka uznała, że inwentaryzacja geodezyjna potwierdziła usytuowanie hal, dróg i parkingów zgodnie z projektem.

Pismem z 28 września 2009 pozwana wezwała powódkę do usunięcia wad wykonanego obiektu – sporządzenie inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej, usunięcie ogrodzenia oraz części wybudowanego parkingu, sporządzenie projektu zamiennego, przywrócenie nieruchomości do poprzedniego stanu wysokościowego oraz ukształtowania terenu, wykonanie parkingu oraz ogrodzenia w granicach nieruchomości pozwanej. Termin usunięcia wad

wyznaczono do 5 października 2009. Powódka uznała dotrzymanie ww. za nierealne, podtrzymując stanowisko dotyczące wykonania prac zgodnie z projektem przekazanym przez pozwaną.

Pozwana poinformowała powódkę, że zawarła z (...) Spółką Akcyjną porozumienie z 24 lutego 2010 i opracowała projekt budowlano – wykonawczy usunięcia kolizji, specyfikację techniczną oraz kosztorysy. Na mocy porozumienia pozwana zobowiązała się do pokrycia połowy kosztów projektowych oraz wykonania przedmiarów i kosztorysów inwestorskich, pokrycia w całości kosztów powierzonej do wykonania spółce przebudowy fragmentu kolizyjnego z drogą wewnętrzną parkingu, pokrycia w połowie kosztów wykonanych prac zabezpieczających przed istniejącymi na granicy zakładu pozwanej i pasa drogi wewnętrznej skarp. Łącznie koszty te określono na 48.485,73 zł brutto. Pozwana wezwała powódkę do wpłaty powyższej kwoty do 12 maja 2010.

Z dalszych ustaleń Sądu Okręgowego wynika, że Spółka (...) zawarła 16 lutego 2010 umowę, na podstawie której powierzyła do wykonania A. R. opracowanie projektu budowlano – wykonawczego usunięcia kolizji drogi wewnętrznej na działkach nr (...) zaistniałej wskutek wybudowania przez pozwaną ogrodzenia i części parkingu zakładowego w śladzie tej drogi oraz dokonania zmian wysokościowych terenu działek o nr (...). W związku z wykonaniem projektu wystawiona została faktura VAT nr (...) na kwotę 4.880 zł brutto. Spółka 31 grudnia 2010 wystawiła pozwanej fakturę VAT na kwotę 47.734,74 zł brutto za wykonanie prac objętych porozumieniem.

Pozwana 18 maja 2010 zwróciła się do (...) Bank Spółki Akcyjnej z żądaniem wypłaty z gwarancji bankowej kwoty 48.485,73 zł wskazując, że powódka naruszyła swoje obowiązki w zakresie właściwego i terminowego usunięcia wad i usterek. Bank dokonał wypłaty ww. kwoty 21 czerwca 2010.

Powódka wezwała pozwaną do zwrotu wypłaconej kwoty do 10 sierpnia 2010, wskazując, iż działanie pozwanej jest bezprawne, a powódka wielokrotnie deklarowała gotowość wykonania czynności niezbędnych do posadowienia ogrodzenia zgodnie ze wskazaniem pozwanej. Pozwana odmówiła, ponownie akcentując nienależyte wywiązanie się przez powódkę z obowiązków wynikających z umowy i zaniechanie podjęcia konkretnych działań pomimo wezwań pozwanej.

Pomiędzy spółką (...) a (...) spółką jawną w P. 10 sierpnia 2010 zawarta została umowa, na mocy której (...) powierzyła wykonanie robót budowlanych związanych z usunięciem zaistniałej kolizji drogi wewnętrznej z wybudowanymi na granicy tej drogi ogrodzeniem i parkingiem pozwanej. Wynagrodzenie określono na 53.727,34 zł netto (§8); termin wykonania na 20 października 2010. Plac budowy przekazany został 31 sierpnia 2010. W związku z realizacją umowy wystawiono cztery faktury VAT, opiewające na kwoty: 40.502, 22 zł brutto, 5.230,55 zł brutto, 9.307,38 zł brutto i 10.504,20 zł brutto; 3 listopada 2010 przy udziale pozwanej i spółki (...) doszło do sporządzenia protokołu odbioru końcowego prac, wykonanych na podstawie porozumienia 24 lutego 2010. Jego sporządzenie poprzedzone było odbiorem prac wykonanych przez spółkę (...).

Pozwana 22 września 2011 zwróciła się do powódki z żądaniem przekazania do 28 września 2011 nowej gwarancji bankowej o analogicznej treści jak gwarancja bankowa, której termin ważności upływał w 30 września 2011. Jako podstawę żądania wskazała niewłaściwe wykonanie ogrodzenia nieruchomości zgłoszone 2 października 2008 oraz nieusunięcie wad i usterek wskazanych w reklamacji z 31 lipca 2011, jak również brak szans na ich usunięcie w terminie przed upływem gwarancji bankowej. Podała, że w związku z trwającą przebudową ulicy (...) realna jest zapowiedź zgłoszenia przez inwestora – Gminę K. Ł. analogicznych roszczeń, jak w przypadku kolizji części ogrodzenia z nieruchomością należącą do (...). W razie nieotrzymania gwarancji pozwana zobowiązana będzie zabezpieczyć środki na ewentualne wykonawstwo zastępcze za pośrednictwem gwarancji bankowej.

Pozwana 27 września 2011 zwróciła się do (...) Bank Spółki Akcyjnej z żądaniem wypłaty z gwarancji bankowej kwoty 270.857,09 zł wskazując, że powódka naruszyła swoje obowiązki w zakresie właściwego i terminowego usunięcia wad i usterek. Bank dokonał wypłaty ww. kwoty 30 września 2011.

Pismem z 5 lipca 2012 powódka wezwała pozwaną do zwrotu wypłaconej łącznie z gwarancji bankowej kwoty w wysokości 319.342,82 zł w terminie 7 dni od otrzymania wezwania. Pismo zostało prawidłowo doręczone pozwanej 10 lipca 2012.

Sąd zważył, że stan faktyczny w niniejszej sprawie ustalony został na podstawie dokumentów przedłożonych przez strony, w tym umowy o roboty budowlane, protokoły odbioru i korespondencję stron; żadna ze stron nie kwestionowała wiarygodności powołanych dokumentów, zaś Sąd również nie powziął wątpliwości co do ich prawdziwości. Strony pozostawały jedynie w sporze co do znaczenia i skutków określonych zapisów poszczególnych dokumentów (np. protokołu odbioru), czy też kwestii otrzymania określonego pisma (z 17 marca 2008).

Podstawę ustaleń faktycznych stanowiły również zeznania świadków oraz prezesa zarządu pozwanej R. J.. Podkreślenia wymaga okoliczność, iż część świadków nie miała lub nie pamiętała konkretnych informacji dotyczących realizacji robót, budowy ogrodzenia przez powódkę oraz ustaleń stron po stwierdzeniu, że ogrodzenie zostało wykonane niezgodnie z umową stron. Niemniej, informacje przedstawiane przez wszystkich świadków były zbieżne w zasadniczych kwestiach, a dotyczących deklaracji powódki do zmiany przebiegu ogrodzenia, porozumienia zawartego przez pozwaną ze spółką (...), stwierdzenia przekroczenia granic działek nieruchomości pozwanej podczas posadwienia ogrodzenia itp. Kwestią sporną była ocena, z jakich przyczyn doszło do takiego stanu rzeczy, ustalenie, czy powódka prace prowadziła w zgodzie z projektem oraz kto ponosi odpowiedzialność za wystąpienie ewentualnych wad.

W celu poczynienia ustaleń w wyżej wspomnianym zakresie Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa J. C.. Opinię powyższa Sąd uznał za spójną, logiczną i pełną. W treści opinii biegły odniósł się w sposób obszerny do okoliczności określonych w tezie dowodowej i przedstawił szczegółową argumentację poprzedzającą wnioski końcowe. Biegły w sposób drobiazgowy odniósł się do analizowanego materiału dowodowego, powołując się zarówno na korespondencję i stanowiska stron, jak również przedstawioną dokumentację projektową. Materiały te zestawił z obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności w zakresie wymagań, jakim odpowiadać powinien projekt i plan zagospodarowania terenu w kontekście ukształtowania terenu, położenia działek. Nieścisłości akcentowane przez stronę powodową biegły sprecyzował, składając wyjaśnienia na rozprawie. Ostatecznie zatem strony nie wnosiły zastrzeżeń do opinii biegłego.

Uzasadniając oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu księgowości na okoliczność wyliczenia straty poniesionej przez pozwaną wskutek wprowadzenia jej w błąd przez powódkę w przedmiocie należytego wykonania łączącej strony umowy, Sąd Okręgowy wskazał, że potrzeba przeprowadzenia postępowania dowodowego na określoną okoliczność istnieje wówczas, gdy strona przedstawi twierdzenia o określonych faktach i zdarzeniach. Nie może zaś dowód z opinii biegłego zastępować twierdzeń strony i wyprzedzać ich. Strona pozwana nie przedstawiła uzasadnienia dla żądania odszkodowania w zakresie rzekomych strat poniesionych na skutek działania powódki; nie sprecyzowała chociażby o jakie konkretnie straty chodzi i w jakiej wysokości.

Zdaniem Sądu orzekającego w pierwszej instancji podstawę prawną powództwa stanowi art. 405 kc, bowiem w razie uznania, że nie ziściły się przesłanki uprawniające pozwaną do skorzystania z gwarancji bankowej należałoby przyjąć, że pozwana wzbogaciła się bezpodstawnie kosztem powódki. Sąd podał, że wypłata spornej kwoty nastąpiła przez podmiot trzeci – gwaranta, bank nie będący stroną niniejszego postępowania. Umowa gwarancji natomiast uregulowana została w art. 91 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t. jedn. Dz. U. 2015 r., poz. 128 ze zm.). Sąd powołał się na stanowisko doktryny, w myśl którego spełnienie świadczenia pieniężnego przez bank (gwaranta) stwarza podstawę do roszczenia regresowego wobec zleceniodawcy (dłużnika głównego), wynikającego najczęściej z faktu wstąpienia w prawa zaspokojonego wierzyciela na podstawie art. 518 § 1 pkt 1 kc. Skoro zatem wobec dokonanej przez bank na rzecz pozwanej wypłaty bankowi przysługiwało wobec powódki roszczenie o zwrot wypłaconej kwoty, w majątku powódki powstał niewątpliwie uszczerbek, przejawiający się w istnieniu po jej stronie długu wobec banku. Zdaniem Sądu ustalenie zaś, czy pozwana miała podstawy do skorzystania z gwarancji wymaga zbadania, czy powódka wykonała roboty budowlane w sposób prawidłowy, a także, czy wywiązała się z ciążących na niej w związku z rękojmnią

i gwarancją obowiązków. Gwarancja bankowa udzielona przez powódkę zabezpieczać miała bowiem dobre wykonanie umowy oraz odpowiedzialność z tytułu rękojmi i gwarancji.

Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że żądanie powódki zwrotu kwot pobranych przez pozwaną z gwarancji bankowej zasługuje na uwzględnienie, co do kwot należności głównej obejmujących 319.342,82 zł oraz części skapitalizowanych odsetek. Sąd podał, że wobec faktu, że nie dysponował tekstem samej gwarancji bankowej, rozstrzygając sprawę opierał się jedynie na brzmieniu §10 umowy łączącej strony, w którym przewidziano jedynie, że generalny wykonawca dostarczy inwestorowi gwarancję bankową dobrego wykonania umowy i odpowiedzialności z tytułu rękojmi i gwarancji. Przy takim sformułowaniu postanowienia umowy, aby skutecznie skorzystać ze środków przewidzianych gwarancją bankową udzieloną przez powódkę, należałoby ustalić, że strona pozwana skorzystała skutecznie z uprawnień z tytułu rękojmi bądź też uprawnień z tytułu gwarancji, a przede wszystkim, że istniały ku temu przesłanki. W pierwszym przypadku, to jest w razie skorzystania z uprawnień z tytułu rękojmi, konieczne byłoby ustalenie, że pozwana domagała się obniżenia ceny – wynagrodzenia przewidzianego w umowie stron bądź ewentualnego zwrotu wynagrodzenia w związku z odstąpieniem od umowy (w całości lub części).

Sąd stwierdził, że okoliczności z tym związane wykazać winna pozwana, obalając twierdzenia powódki dotyczące należytego wykonania prac. Powódka przedstawiła bowiem twierdzenia i dowody na okoliczność bezusterkowego odbioru robót i wykazywania woli do podjęcia prac zmierzających do przebudowy wzniesionego ogrodzenia. Ciężar dowodu spoczywał zatem na stronie pozwanej, jako podmiocie, który z faktu nienależytego wykonania umowy i istnienia uprawnień do skorzystania z rękojmi wywodzi skutki prawne (art. 6 k.c.). Na fakt skorzystania z instytucji rękojmi strona pozwana się nie powoływała. Natomiast z treści pism kierowanych do banku (gwaranta) wynika, że faktycznie kwoty wypłacone z tytułu gwarancji bankowych miały pokryć roszczenia z tytułu gwarancji, roszczenie pozwanej powstało w związku z naruszeniem przez powódkę obowiązków w zakresie właściwego i terminowego usunięcia wad. W ocenie Sądu Okręgowego zgromadzony materiał dowodowy nie daje jednak podstaw do przyjęcia, że doszło do naruszenia przez powódkę obowiązków w ww. zakresie.

Wadliwość, na którą powoływała się pozwana, dotyczyć miała niezgodnego z umową i dokumentacją posadowienia ogrodzenia terenu inwestycji. Na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, a przede wszystkim opinii biegłego z dziedziny budownictwa, Sąd ustalił, że faktycznie roboty wykonane przez powódkę dotknięte były wadliwością, jednak wadliwość tę można odnieść jedynie do nieprawidłowego usytuowania ogrodzenia, wykraczającego poza granice działki inwestora. Skutkowało to wkroczeniem z ogrodzeniem na działki nie należące do pozwanej spółki, a stanowiące własność (...) Spółki Akcyjnej. Sąd zauważa przy tym, że powołanych powyżej okoliczności strona powodowa w zasadzie nie kwestionowała. Odzwierciedlenie takiego stanowiska znajduje się w przedstawionej przez strony korespondencji, gdzie powódka przyznaje fakt przekroczenia granic nieruchomości pozwanej, lecz wyraża wolę zmiany jego posadowienia i podaje przyczyny takiego stanu rzeczy. W tym zakresie powołuje się przede wszystkim na podział administracyjny działek, na których realizowana była inwestycja, zmianę ich oznaczenia, numeracji. Z opinii biegłego wynika natomiast, że sam fakt zmiany podziału administracyjnego działek mógł wprowadzać chaos, nie był jednak bezpośrednią przyczyną określonego sposobu zrealizowania inwestycji.

Sąd podał, że pozwana zarzucała również, że w trakcie posadowienia ogrodzenia dokonano zmiany rzędnych wysokościowych w stosunku do tych, wynikających z dokumentacji projektowej, z projektu budowlanego. Sąd wskazał, że biegły odnosząc się do powyższej kwestii uznał, że nie sposób stwierdzić niezgodności wykonania tych robót z rzędnymi określonymi w projekcie, a to z tego względu, że takiego projektu w omawianym zakresie faktycznie nie było. Nie zostało bowiem określone w sposób szczegółowy w projekcie budowlanym, na jakiej głębokości mają być posadowione fundamenty, cokoły, ani też, czy i jakie ewentualnie zabezpieczenie ma być wykonane z związku z różnicą terenu występującą pomiędzy nieruchomością, na której realizowana była inwestycja i terenu do niego przylegającego. Powódka 17 marca 2008 zwracała się do pozwanej o wskazanie tych rzędnych wysokościowych, a zatem nie można zarzucać jej tego, że nie dostrzegła ewentualnych braków projektu na etapie jego realizacji. Powódka dołączyła w toku postępowania dowód doręczenia tego pisma pozwanej, w związku z czym Sąd uznał za wiarygodne twierdzenie, że takie pismo zostało wystosowane do pozwanej, tym bardziej że powódka powoływała się na nie w dalszej korespondencji prowadzonej z kontrahentem i wskazywała na nie w uzasadnieniu pozwu złożonego w

niniejszej sprawie. W kontekście powyższych okoliczności nie sposób przyjąć, że pozwana analizowanego pisma nie otrzymała i nie miała możliwości zapoznania się z jego treścią. Ponadto nie można w tej sytuacji zarzucić powódce, że nie zachowała należytej staranności i nie podjęła czynności zmierzających do weryfikacji dokumentacji, sygnalizacji dostrzeżonych niezgodności czy nieścisłości. W świetle zaś opinii biegłego Sąd Okręgowy stwierdził, że w takiej sytuacji powódka, nie mając precyzyjnych informacji, co do posadowienia ogrodzenia, postąpiła prawidłowo, a mianowicie zgodnie z założeniami przewidzianymi w planie zagospodarowania terenu. Skoro nie otrzymała żadnych wskazówek w tym zakresie od pozwanej, a stosowne informacje nie zostały również zawarte w projekcie, mimo że powinny się tam znaleźć, powódka odniosła się do ogólnych założeń dla terenów objętych realizowaną inwestycją. Zdaniem Sądu w związku z tym powódce nie można przypisać odpowiedzialności z tytułu rękojmi czy gwarancji w związku z posadowieniem tego ogrodzenia na niewłaściwych rzędnych i wynikającą z tego różnicą wysokości pomiędzy terenem pozwanej i terenem do niego przylegającym. Skutkowało to przyjęciem, że wada, która obciąża stronę powodową dotyczyła jedynie przesunięcia terenu inwestycji i wkroczenia z tą inwestycją w teren działek, należących do (...).

W ocenie Sądu Okręgowego z zeznań świadków przesłuchanych w niniejszej sprawie, a także z przedłożonych przez strony dokumentów wynika, że powódka była gotowa przesunąć to ogrodzenie, przynajmniej fakt wkroczenia z inwestycją na działki podmiotów trzecich. Potwierdzają to pisma kierowane do pozwanej, jak również fakt, że ostatecznie doszło do rozmontowania tego ogrodzenia w części i posadowienia w tym miejscu ogrodzenia tymczasowego. Fakt, że zaniechano ostatecznie przesunięcia tego ogrodzenia tak, by znajdowało się w całości na terenie pozwanej, wynikał ze wstrzymania robót. Potwierdzają to zeznania świadka A. M., która wskazywała że prace takie nie były wystarczające, jako że należało jeszcze wykonać prace związane z występującą różnicą terenów, w szczególności zabezpieczyć te działki przed osypywaniem się gruntu z jednej na drugą stronę. W tej sytuacji – zdaniem Sądu - skoro ewentualne konsekwencje niewłaściwego usytuowania względem rzędnych wysokościowych nie obciążały strony powodowej, to nie można jej też przypisywać odpowiedzialności za całość kosztów powstałych w związku ze zmianą usytuowania ogrodzenia. Nie ma zatem podstaw do uznania, że powódka powinna ponieść całość kosztów, wynikających z porozumienia zawartego przez pozwaną z (...). Koszty te obejmowały bowiem nie tylko usunięcie kolizji ogrodzenia, jego przesunięcie, lecz również prace mające na celu niwelowanie poziomów, zabezpieczenie przed osunięciem.

Według Sądu Okręgowego nie można również przypisać powódce odpowiedzialności nawet za część kosztów, (przy założeniu, że możliwe byłoby ich wyszczególnienie z ogółu kosztów poniesionych przez pozwaną na mocy porozumienia z 24 lutego 2010). Po pierwsze bowiem, jak już wskazano uprzednio, powódka gotowa była część tych prac wykonać samodzielnie i wbrew twierdzeniom pozwanej podjęła kroki zmierzające do rozebrania ogrodzenia. Prace te zostały wstrzymane z uwagi na okoliczności nie leżące po stronie powódki. W tej sytuacji brak było podstaw do angażowania podmiotów zewnętrznych do wykonania omawianych prac i obciążenia kosztami w tym zakresie powódki. Niewykluczone bowiem, że koszt realizacji robót własnymi siłami powódki byłby niższy od kosztu, który wskazano w porozumieniu i późniejszych dokumentach wystawionych na podstawie tego porozumienia między pozwaną a spółką (...).

W konsekwencji – zdaniem Sądu Okręgowego - za uzasadnione należało uznać żądanie zwrotu przez powódkę kwoty 48.485,73 zł, gdyż skorzystanie w tym zakresie z gwarancji bankowej przez pozwaną nie znajdowało podstaw.

Niezasadne było również w ocenie tego Sądu skorzystanie przez pozwaną z gwarancji bankowej w zakresie kwoty 270.857,09 zł. Już z samych twierdzeń pozwanej zawartych w odpowiedzi na pozew wynika, że pozwana nie skorzystała z uprawnień wynikających z gwarancji czy rękojmi, a jedynie, przewidując ewentualną swoją odpowiedzialność odszkodowawczą wobec Gminy K. Ł., pobrała analizowaną kwotę z gwarancji bankowej na poczet przyszłych, ewentualnych żądań Gminy. Twierdzenia te znajdują w pełni pokrycie w przedstawionej korespondencji – chociażby w piśmie pozwanej z 22 września 2011, w którym domaga się ona przekazania nowej gwarancji bankowej, powołując się na realną zapowiedź zgłoszenia roszczeń przez gminę. Takie postępowanie nie miało podstawy w postanowieniach umowy stron, mimo lakonicznego sformułowania §10 umowy. Oczywistym bowiem jest, że w sytuacji gdy powołano się na uprawnienia z rękojmi czy gwarancji, dopiero po spełnieniu przesłanek przewidzianych w jednej z tych instytucji prawnych możliwe było skorzystanie z kwoty zabezpieczonej gwarancją bankową. W tej sytuacji,

jak już wskazano wcześniej, należałoby wykazać, czy i ewentualnie o jaką kwotę obniżono wynagrodzenie czy też zażądano zwrotu wynagrodzenia w związku z odstąpieniem od umowy, bądź też, że powstały jakiegokolwiek inne koszty. W tym zakresie strona pozwana nie przedstawiła określonej kwoty, którą zobowiązana była wydatkować, a która znajdowałaby uzasadnienie w gwarancji czy w rękojmi. Wniosek taki jest tym bardziej zasadny, że sama pozwana wskazywała na ewentualny charakter żądania, w związku z czym nie było żadnych podstaw do uznania, że istnieje potrzeba poniesienia jakichkolwiek wydatków.

Sąd Okręgowy za niezasadny uznał również zarzut potrącenia, zgłoszony przez pozwaną w odpowiedzi na pozew, zwracając uwagę, że od potrącenia jako czynności materialnoprawnej odróżnić trzeba zarzut potrącenia będący czynnością procesową. Oświadczenie o potrąceniu, o którym mowa w art. 499 kc, jest czynnością materialnoprawną powodującą - w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 498 § 1 kc - odpowiednie umorzenie wzajemnych wierzytelności, natomiast zarzut potrącenia jest czynnością procesową, polegającą na żądaniu oddalenia powództwa w całości lub w części z powołaniem się na okoliczność, że roszczenie objęte żądaniem pozwu wygasło wskutek potrącenia. Oświadczenie o potrąceniu stanowi zatem materialnoprawną podstawę zarzutu potrącenia. Do dokonania potrącenia może dojść zarówno w ramach postępowania sądowego, jak i poza nim; w trakcie postępowania sądowego uprawniony może połączyć złożenie oświadczenia woli o potrąceniu z podniesieniem zarzutu potrącenia.

Odnosnie wszystkich wierzytelności będących przedmiotem zarzutu potrącenia Sąd zauważa, że pozwana zgłosiła te kwoty do potrącenia po raz pierwszy w niniejszym postępowaniu; brak było oświadczenia o charakterze materialnym złożonego bezpośrednio stronie powodowej. O ile można przyjąć za dorozumiane na gruncie art. 91 kpc umocowanie pełnomocnika pozwanej do złożenia zarówno oświadczenia o potrąceniu o charakterze procesowym, jak i materialnoprawnym, (jako leżące w interesie mocodawcy), nie sposób przypisać takiego dorozumianego umocowania pełnomocnikowi strony powodowej. Nie pozostaje bowiem w interesie strony powodowej przyjmowanie przez jej pełnomocnika procesowego oświadczeń o potrąceniu. Tym samym, odnośnie zgłoszonego zarzutu potrącenia nie wykazano, że wobec powódki złożono oświadczenie o potrąceniu (w znaczeniu materialnoprawnym); nastąpiło to jedynie wobec pełnomocnika strony powodowej.

Sąd nadto wskazał, że pierwsza z powołanych wierzytelności (48.485,73 zł) stanowić miała wysokość szkody poniesionej przez pozwaną w związku z poniesieniem kosztów usunięcia wad. O szkodzie można byłoby mówić w sytuacji, gdyby nastąpiło nienależyte wykonanie zobowiązania przez powódkę, a zatem spełnione zostałyby przesłanki z art. 471 kc. Skoro zaś powódka była gotowa usunąć te wady, za których wystąpienie ponosi odpowiedzialność, nie zostały spełnione warunki odpowiedzialności odszkodowawczej przewidziane w powołanym powyżej przepisie. Nie może być również mowy o odpowiedzialności za wady wynikające ze zmiany rzędnych wysokościowych ogrodzenia, skoro powstały one w związku z okolicznościami nie leżącymi po stronie powódki. Sąd zwrócił przy tym uwagę, na rozbieżność pomiędzy kwotą przedstawioną do potrącenia (48.485,73 zł), a kwotą wynikającą z refaktury wystawionej przez spółkę (...) na rzecz pozwanej (47.734,74 zł).

Ustosunkowując się zaś do wierzytelności z tytułu kary umownej w kwocie 324.750 zł Sąd wskazał, że pozwana nie przedstawiła w istocie sposobu wyliczenia tej kary podając, że obejmuje ona łącznie karę za przekroczenie terminu zakończenia robót, jak również za nieusunięcie wad robót w terminie miesiąca od ich wykrycia. Odnośnie tej ostatniej kwestii, z przedstawionych wcześniej rozważań wynika, że do nieusunięcia wad nie doszło, mimo gotowości powódki do podjęcia działań w zakresie wad, za które odpowiadała. Nie można zarzucać jej zaniechania w tym zakresie. Odnośnie zaś kary za przekroczenie terminu zakończenia robót pozwana nie przedstawiła nawet twierdzeń, które uzasadniać miałyby naliczenie tej kary. Uniemożliwia to przyjęcie wniosku, że jej naliczenie znajdowało podstawę w stanie faktycznym.

Niezależnie jednak od tego, wobec faktu, że wcześniej nie złożono wobec powódki jakiegokolwiek oświadczenia o potrąceniu, to nie wezwano jej do zapłaty określonej kwoty tytułem kary umownej, Sąd stwierdził zatem, że wierzytelność w tym zakresie nie była wymagalna, a w konsekwencji również z tego powodu, z uwagi na brzmienie art. 498 § 1 kc, nie mogła być przedstawiona do potrącenia.

Odnosząc się do pozostałych kwot, określonych przez pozwaną w odpowiedzi na pozew jako należności tytułem odszkodowania za szkody poniesione przez pozwaną, Sąd stwierdził, że pozwana nie sprecyzowała ich wysokości, w szczególności kosztów usunięcia wad wykonanych przez pozwaną robót od strony ul. (...) w K., jak również odszkodowania w związku z wprowadzeniem pozwanej w błąd odnośnie wykonania łączącej strony umowy. Sąd oddalił wniosek o powołanie biegłego na okoliczność wyliczenia tych kwot z przyczyn wskazanych we wstępnej części rozważań. Zdaniem Sądu uzasadniało to przyjęcie wniosku, że pozwana nie zgłosiła skutecznie zarzutu potrącenia w tym zakresie.

W konsekwencji zatem Sąd Okręgowy powództwo co do należności głównej pobranej z gwarancji bankowej w kwocie 319.342,82 zł, uwzględnił w całości.

Odnosnie natomiast odsetek, które powód skapitalizował, Sąd uznał, że winny one być naliczane od wezwania do zapłaty, nie zaś od daty pobrania ich z gwarancji bankowej. Przyjmując zaś w pierwszym przypadku, (w odniesieniu do kwoty 48.485,73 zł) datę początkową na 11 sierpnia 2010, zaś w drugim (co do kwoty 270.857,09 zł) na 18 lipca 2012, Sąd skorygował to wyliczenie odsetek i ustalił, że wynoszą one łącznie 17.896,03 zł (w tym: 13.072,55 zł - od kwoty 48.485,73 zł i 4.823,48 zł - od kwoty 270.857,09 zł). Po zsumowaniu z należnością główną otrzymano zatem kwotę 337.238,85 zł. Odsetki od podanej kwoty Sąd zasądził od dnia wniesienia pozwu, stosownie do dyspozycji art. 482 kc (pkt I).

W pozostałym zakresie powództwo w zakresie odsetek Sąd oddalił (pkt II).

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 kpc, uznając że powódka wygrała proces w 84%, stąd winna ponieść koszty niniejszego postępowania w 16%. Łącznie koszty procesu wyniosły 50.705,38 zł, zatem pozwana winna ponieść je co do kwoty 42.592,52 zł (84%). Mając zatem na uwadze, że pozwana wydatkowała na razie kwotę 15.417 zł, zasądzono na rzecz powódki 27.176 zł (pkt III).

O kosztach sądowych Sąd orzekł na podstawie art. 130⁴§ 3 kpc.

Od tego wyroku apelację wywiódł pozwany; zaskarżając go w zakresie rozstrzygnięć zawartych w punktach I i III, IV, zarzucił naruszenia przepisów:

1. art. 6 w zw. z art. 405 kc - poprzez przyjęcie za zasadne roszczenia powoda opartego na konstrukcji prawnej bezpodstawnego wzbogacenia, pomimo niewykazania przez stronę powodową przesłanek powstania tego roszczenia tj. symetrycznego ze wzbogaceniem się po stronie pozwanej uszczerbku w majątku strony powodowej, także wskutek niewykazania prawnych relacji łączących stronę powodową z bankiem udzielającym gwarancji;

2. art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe - poprzez błędną wykładnię skutkująca przyjęciem, że przepis ten kształtuje treść umowy zawartej pomiędzy bankiem a podmiotem zlecającym udzielenie gwarancji bankowej, w sytuacji, gdy z przepisu tego co najwyżej wynika treść umowy pomiędzy bankiem udzielającym gwarancji a beneficjentem gwarancji (tj. odnosząc to do realiów niniejszej sprawy pomiędzy bankiem a pozwanym - nie zaś pomiędzy bankiem a powodem);

3. art. 518 § 1 pkt 1 kc - poprzez błędną wykładnię skutkującą zastosowaniem do oceny okoliczności niniejszej sprawy - skoro bowiem sąd ustalił, że pozwany skorzystał z gwarancji niezasadnie, gdyż nie był wierzycielem powoda, to przepis ten nie mógł być podstawą do nabycia przez bank roszczenia zwrotnego wobec powoda - hipoteza przepisu wymaga bowiem, aby osoba trzecia spłaciła wierzyciela;

4. art. 471 kc w zw. z art. 647 kc i art. 355 § 2 kc - poprzez niezasadne pominięcie dyspozycji tych przepisów do oceny okoliczności sprawy i uznanie wykonanie przez profesjonalną firmę budowlaną ogrodzenia stanowiącego część inwestycji w taki sposób, że jego część posadowiona została na gruncie sąsiednim, nie należącym do inwestora i z

naruszeniem istniejących rzędnych wysokościowych nie stanowi nienależytego wykonania umowy w sytuacji, gdy z tego tytułu inwestor poniósł koszty przesunięcia tego ogrodzenia.

Podnosząc powyższe zarzuty pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości, zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu, według norm przepisanych za obie instancje.

Apelacja zawiera uzasadnienie zarzutów.

Powód wniósł o oddalenie apelacji pozwanego w całości i o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego okazała się niezasadna.

Sąd Apelacyjny nie stwierdził wadliwości postępowania przed Sądem pierwszej instancji skutkujących nieważnością postępowania. Kontrola instancyjna wykazała wprawdzie pewne uchybienia przepisom prawa materialnego, jednak pozostające bez wpływu na treść rozstrzygnięcia. Sąd odwoławczy przy tym dokonane przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne dotyczące okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia w sprawie, jako nie zakwestionowane przez apelującego i znajdujące odzwierciedlenie w przytoczonych na ich poparcie prawidłowo ocenionych dowodach, w pełni aprobuje i przyjmuje za własne. Prawidłowość zastosowania przepisów prawa materialnego zostanie rozważona poniżej.

Dodać przy tym należy, że obszernie przytoczenie ustaleń Sądu Okręgowego oraz przeprowadzonej przez Sąd ten oceny dowodów, we wstępnej części niniejszego uzasadnienia, czyni niecelowym ponowne ich przedstawianie przez Sąd odwoławczy (por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 1999 r., II CKN 217/98, LEX nr 1213477).

Przed przystąpieniem do merytorycznej oceny zaskarżonego orzeczenia wskazać należy, że zgodnie z art. 378 § 1 kpc sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania. Przepis ten reguluje przedmiotowe granice rozpoznania sprawy przez sąd drugiej instancji. Zgodnie z tym unormowaniem o przedmiotowym zakresie kognicji sądu drugiej instancji decydują granice apelacji, przez które należy rozumieć granice wniosków i zarzutów apelacji; nie można przy tym pojęcia tego wiązać jedynie z zakresem zaskarżenia, bowiem przywołany § 1 art. 378, wyraźnie rozróżnia granice apelacji (zdanie pierwsze) od granic zaskarżenia (zdanie drugie), mających węższy pojęciowo zakres (zob. także wyrok SN z dnia 22 stycznia 2002 r., V CKN 650/00, Lex, nr 54335). Związanie granicami zaskarżenia oznacza, że sąd drugiej instancji nie może objąć swą kontrolą tej części orzeczenia sądu pierwszej instancji, która nie została zaskarżona. Ustalając pojęcie granic apelacji stwierdzić należy, że co do zasady przepis art. 378 § 1 kpc nie zezwala na dokonywanie oceny poprawności zastosowania przepisów postępowania przez Sąd pierwszej instancji z urzędu, poza treścią zarzutów zawartych w apelacji. W zakresie przepisów postępowania Sąd drugiej instancji bierze bowiem pod uwagę z urzędu jedynie nieważność postępowania, oczywiście w granicach zaskarżenia. Sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest natomiast związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego (por. uchwała SN z 31 stycznia 2008 roku, III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55; wyrok SN z 31 stycznia 2008 roku, II CSK 400/07, LEX nr 371445).

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że Sąd Apelacyjny rozpoznając niniejszą sprawę poza rozpatrzeniem podniesionych w apelacji zarzutów dokonał weryfikacji prawidłowości rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji w świetle przepisów prawa materialnego. Jednak, choć wynik tej oceny stanowił podstawę uznania, że Sąd Okręgowy nie ustrzegł się nieznaczących błędów, co do przepisów prawa materialnego znajdujących zastosowanie w tej sprawie, to zaskarżone orzeczenie okazało się prawidłowe.

Zgodnie z przepisem art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t. j. Dz. U. 2016 r., poz. 1988) gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu

dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Sąd odwoławczy podziela przy tym stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 15 września 2016, sygn. akt I CSK 524/15 (Biuletyn SN 2016/12), że gwarancja bankowa oparta jest na konstrukcji przekazu (art. 921¹ – 921⁵ kc), tworzącego trzy odrębne stosunki prawne między trzema uczestnikami transakcji, z których przekazujący przekazuje odbiorcy przekazu świadczenie osoby trzeciej, upoważniając tym samym odbiorcę przekazu do przyjęcia świadczenia, a przekazanego do jego spełnienia na rachunek przekazującego (art. 921¹ kc). Odnosząc to do stosunków prawnych związanych z gwarancją bankową otrzymuje się następujące umowy: umowę zlecenia między zlecającym udzielenie gwarancji (przekazującym) a bankiem (przekazanym), który jednostronnie zobowiązuje się wobec beneficjenta gwarancji (odbiorcy przekazu), że spełni na jego rzecz świadczenie pieniężne na rachunek zlecającego, w razie zajścia okoliczności określonych w umowie zlecenia. Sąd Najwyższy wskazał przy tym, że odwołanie do przekazu jest potrzebne, żeby dostrzec, że realizując zlecenie dłużnika (przekazującego), bank (przekazany) zobowiązuje się przez złożenie beneficjentowi gwarancji (odbiorcy przekazu) jednostronnego oświadczenia o jej udzieleniu (list gwarancyjny), będącego ofertą spełnienia wobec niego świadczenia pieniężnego, jeśli beneficjent zwróci się o to do banku (przyjęcie oferty), mając spełnione warunki prawne określone w gwarancji i w przewidzianym w niej terminie (zawarcie umowy gwarancji bankowej).

W rozstrzyganej sprawie powódka zarzuca pozwanej niezasadne skorzystanie przez nią z ustanowionej na zlecenie powódki gwarancji bankowej należytego wykonania umowy i odpowiedzialności z tytułu rękojmi i gwarancji, którą to – co jest bezsporne – powódka w umowie stron z 26 października 2007 zobowiązała się dostarczyć pozwanej w terminie 14 dni od podpisania umowy. Niesporne pozostawało też między stronami to, że na zlecenie powódki (...) Bank (...) S.A. (wcześniej (...) Bank (...) S.A.) wystawił Gwarancję Bankową Wykonania Umowy (Zabezpieczającą Właściwe Usunięcie Wad i Usterek), której beneficjentem była pozwana spółka oraz że określony umową stron (§ 10, § 26) 3-letni okres jej ważności upływał z dniem 28 września 2011.

Istotne jest też to, że powód nie twierdzi, że to Bank naruszył łączącą go z powodem umowę zlecenia udzielenia gwarancji pozwanemu, co w świetle twierdzeń strony pozwanej, treści skierowanych przez nią do Banku żądań wypłaty z gwarancji bankowej z 18 maja 2010 i z 27 września 2011 oraz informacji (...) Bank (...) S.A. z 29 czerwca 2013 i 3 października 2011 o zrealizowaniu w stosunku do pozwanego gwarancji bankowej ustanowionej na zlecenie powoda, pozwala na uznanie, że pomiędzy stronami tego procesu nie istnieje spór, dotyczący prawidłowego wykonania przez Bank zlecenia powoda w zakresie ustanowienia na rzecz pozwanego gwarancji bankowej, czy też należytego wykonania przez Bank, w stosunku do pozwanego umowy gwarancji. Zarzutem powoda objęta jest kwestia bezpodstawności złożenia przez pozwanego w stosunku do Banku oświadczeń, które Bank ten zobowiązywały do uruchomienia środków z ustanowionej przez Bank na rzecz pozwanego – na zlecenie powoda – gwarancji.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Sądu odwoławczego, w sprawie nie zaistniała potrzeba zajmowania się ani umową zlecenia pomiędzy powodem i Bankiem, ani Gwarancją Bankową udzieloną pozwanemu przez Bank (choć dodać należy, że ich treść i zakres wynika nie tylko z § 10 umowy stron, ale też z pism pozwanego z 18 maja 2010 i z 27 września 2011 oraz informacji (...) Bank (...) S.A. z 29 czerwca 2013 i 3 października 2011).

Konieczne było natomiast zbadanie czy w świetle stosunku podstawowego – czyli umowy stron o roboty budowlane – pozwany był uprawniony do żądania od powoda kwot 48. 485,73 zł oraz 270.857,09 zł (łącznie 319.342,82 zł) oraz czy odmowa jej zapłaty przez powoda uprawniała pozwaną do skorzystania z gwarancji bankowej.

Zdaniem Sądu odwoławczego Sąd orzekający w pierwszej instancji dokonał adekwatnych do zgromadzonego materiału dowodowego - nie zakwestionowanych przez pozwanego - ustaleń faktycznych, w świetle których przeprowadził prawidłową wykładnię zarówno postanowień umowy stron, jak i przepisów prawa - i zasadnie uznał, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia, że doszło do naruszenia przez powódkę obowiązków w zakresie właściwego i terminowego usunięcia wad. Sąd Apelacyjny podziela przy tym w

całej rozciągłości zaprezentowaną przez Sąd Okręgowy argumentację na potwierdzenie tej tezy, odstępując od jej ponownego przytaczania, wobec jej obszernego przedstawienia w sprawozdawczej części niniejszego uzasadnienia.

Zaznaczyć przy tym należy, że strona apelująca podniosła wprawdzie zarzut naruszenia art. 471 kc w zw. z art. 647 kc i art. 355 § 2 kc - poprzez niezasadne pominięcie dyspozycji tych przepisów do oceny okoliczności sprawy i uznanie wykonanie przez profesjonalną firmę budowlaną ogrodzenia stanowiącego część inwestycji w taki sposób, że jego część posadowiona została na gruncie sąsiednim, nie należącym do inwestora i z naruszeniem istniejących rzędnych wysokościowych nie stanowi nienależytego wykonania umowy w sytuacji, gdy z tego tytułu inwestor poniósł koszty przesunięcia tego ogrodzenia. Nie podjęła jednak nawet próby zwalczania motywów, którymi kierował się Sąd pierwszej instancji uznając, że powód wykazał, że nie ponosi wobec pozwanego odpowiedzialności za przekroczenie granic nieruchomości pozwanego przy budowie ogrodzenia oraz przyjęcia jego nieodpowiednich rzędnych wysokościowych. Nadto nawet w sferze twierdzeń nie zwalczała stanowiska tego Sądu, że strona pozwana nie wykazała, również zasadności wysokości kwot pobranych z gwarancji bankowej.

Nieskuteczny okazał się również zarzut pozwanej spółki naruszenia art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe - poprzez błędną wykładnię skutkująca przyjęciem, że przepis ten kształtuje treść umowy zawartej pomiędzy bankiem a podmiotem zlecającym udzielenie gwarancji bankowej, w sytuacji, gdy z przepisu tego co najwyżej wynika treść umowy pomiędzy bankiem udzielającym gwarancji a beneficjentem gwarancji (tj. odnosząc to do realiów niniejszej sprawy pomiędzy bankiem a pozwanym - nie zaś pomiędzy bankiem a powodem). Sąd Apelacyjny podzielając stanowisko zaprezentowane w zacytowanym wyżej wyroku Sądu Najwyższego, wskazuje na dokonanie przez pozwaną newszechstronnej, zawężającej i pomijającej cel - interpretacji unormowania zawartego w art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe.

Nadto istotą tego sporu było ustalenie, czy pozwany uprawniony był w świetle stosunku podstawowego do żądania od powoda kwoty pobranej z gwarancji bankowej. W relacjach pomiędzy stronami tego procesu, gwarancja - jako konstrukcja służąca zabezpieczeniu spełnienie określonego świadczenia przez powoda wobec pozwanego - miała zatem wtórne znaczenie, w stosunku do zasadności żądań pozwanego, na zaspokojenie których pozwany pobrał środki z gwarancji.

Sąd odwoławczy zgadza się przy tym z pozwanym, że podstawą prawną żądania powoda nie może być przepis art. 518 § 1 pkt 1 kc, choć z innych przyczyn niż podane w zarzucie strony skarżącej - Bank bowiem nie spłacał cudzego długu, tylko realizował w stosunku do pozwanego swoje zobowiązanie z gwarancji bankowej.

Kwestia ta jest jednak bez znaczenia w sprawie, podobnie jak stanowiąca treść zarzutu naruszenia art. 6 w zw. z art. 405 kc - poprzez przyjęcie za zasadne roszczenia powoda opartego na konstrukcji prawnej bezpodstawnego wzbogacenia, pomimo niewykazania przez stronę powodową przesłanek powstania tego roszczenia tj. symetrycznego ze wzbogaceniem się po stronie pozwanej uszczerbku w majątku strony powodowej, także skutek niewykazania prawnych relacji łączących stronę powodową z bankiem udzielającym gwarancji.

Skarżący pomija, że w relacjach zbudowanych na takich konstrukcjach jak przekaz, do których - jak wyżej wskazano - zaliczyć należy gwarancję bankową, wierzycielem będzie ten, którego prawa stały się gospodarczym źródłem wzbogacenia, dłużnikiem zaś ten, którego majątek uległ zwiększeniu.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że z istoty gwarancji bankowej wynika, że wypłacając środki z gwarancji bankowej, bank działa wprawdzie w swoim imieniu, jako strona tej czynności, ale na rachunek zlecającego. Treść § 10 umowy stron tego procesu świadczy o tym, że strony tak właśnie rozumiały sposób zabezpieczenia przez powoda ewentualnych żądań pozwanego z tytułów określonych w § 10.

Dodatkowo potwierdzeniem tego, że gospodarcze źródło wzbogacenia pozwanego, w wyniku wypłacenia jemu przez Bank środków z gwarancji bankowej, stanowi Umowa wielocelowa linii kredytowej łącząca powoda z (...) Bank (...) S.A., co wynika z pism z 29 czerwca 2013 i 3 października 2011, w których Bank informuje powoda o zrealizowaniu w

stosunku do pozwanego gwarancji bankowej ustanowionej na zlecenie powoda, podając jako źródło wypłaty właśnie środki ze ww. linii kredytowej.

Zważywszy, że w realiach tej sprawy brak jest podstaw do przyjęcia, że pozwany w świetle umowy podstawowej łączącej strony tego procesu, uprawniony był do pobrania środków z gwarancji bankowej ustanowionej przez Bank na rzecz pozwanego, na zlecenie powoda - stwierdzić należy, że pozwany uzyskał przysporzenie majątkowe kosztem powoda, bez podstawy prawnej, zatem w świetle art. 405 kc winien przysporzenie to, w wysokości określonej w punkcie I zaskarżonego wyroku – zwróci powodowi.

Mając zatem na uwadze, że prawidłowości rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji nie obaliły zarzuty zgłoszone przez powoda w apelacji oraz że odpowiada ono prawu – na podstawie przepisu art. 385 kpc – wywiedziona w sprawie apelacja została oddalona jako bezzasadna.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł na podstawie art. 108 § 1 kpc, art. 98 § 1, 3 i 4 kpc, art. 99 kpc oraz § 6 ust. 7 w związku z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t. j.: Dz. U. z 2013 r. poz. 490 z późn. zm.) w związku z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r. poz. 1804 z późn. zm.).

Agnieszka Bednarek-Moraś Małgorzata Gawinek Tomasz Żelazowski