

**Sygn. akt I ACa 291/16**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 września 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Romana Górecka

Sędziowie: SA Ewa Kaniok

SA Bogdan Świerczakowski (spr.)

Protokolant: protokolant sądowy Karolina Długosz-Żółtowska

po rozpoznaniu w dniu 29 września 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Ś.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L. (poprzednio (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością)

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 8 kwietnia 2013 r., sygn. akt XVI GC 57/13

**I. zmienia częściowo zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L. na rzecz syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Ś. kwotę 143.433,23 zł (sto czterdzieści trzy tysiące czterysta trzydzieści trzy złote dwadzieścia trzy grosze) z ustawowymi odsetkami od dnia 30 lipca 2011 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 10.789 zł (dziesięć tysięcy siedemset osiemdziesiąt dziewięć złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu, zaznaczając, że zasądzone świadczenia (należność główna, odsetki i koszty procesu) zostały przez pozwanego zapłacone w wykonaniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 maja 2014 r., sygn. akt I ACa 1186/13;**

**II. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L. na rzecz syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Ś. kwotę 9.572 zł (dziewięć tysięcy pięćset siedemdziesiąt dwa złote) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, zaznaczając, że zasądzona kwota została przez pozwanego zapłacona w wykonaniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 maja 2014 r., sygn. akt I ACa 1186/13;**

**III. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L. na rzecz syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Ś. kwotę 1.800 zł (tysiąc osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

Ewa Kaniok Romana Górecka Bogdan Świerczakowski

Sygn. akt I ACa 291/16

## UZASADNIENIE

(...) spółka z o.o. z w C. pozwem z dnia 27 listopada 2009 r. wniosła o zasądzenie na jej rzecz od pozwanego (...) spółki z o.o. w L. (obecnie (...) sp. z o.o. w L. – k.892) kwoty 143.433,23 zł wraz z odsetkami ustawowymi od 26 lutego 2009 r. oraz kosztami procesu.

Wobec ogłoszenia upadłości likwidacyjnej powoda, postanowieniem z dnia 14 stycznia 2013 r. Sąd zawiesił postępowanie na podstawie art. 174 § 1 pkt. 4 k.p.c., a następnie podjął je z udziałem Syndyka Masy Upadłości (...) spółki z o.o. w C..

Wyrokiem z dnia 8 kwietnia 2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo (pkt 1) i zasądził od na rzecz pozwanego kwotę 3.617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (pkt 2).

Podstawa faktyczna rozstrzygnięcia jest następująca.

W dniu 27 maja 2007 r. pomiędzy Przedsiębiorstwem Usługowo-Produkcyjnym (...) sp. z o.o. w S., jako zleceniodawcą, a (...) sp. z o.o. w C., jako wykonawcą, została zawarta umowa nr (...) o realizację zadania inwestorskiego polegającego na budowie w pierwszym etapie Hali Magazynowej(...) wraz z budynkiem usługowo-biurowym w L. oraz pracach projektowych tych obiektów wraz z halą (...), która miała zostać wykonana w drugim etapie nie objętym przedmiotową umową. Na podstawie ww. umowy zostało określone ryczałtowe wynagrodzenie należne wykonawcy od zamawiającego w wysokości 145.000 zł za wykonanie kompletnego projektu budowlanego oraz 7.155.000 zł za wykonanie robót konstrukcyjno-budowlanych w charakterze generalnego wykonawcy. W umowie została również określona zaliczka na poziomie 15% całości wynagrodzenia, tj. kwota 1.095.000 zł netto, płatna w ciągu 7 dni od podpisania umowy. Kolejne transze wynagrodzenia miały być uiszczane w oparciu o comiesięcznie wystawione faktury częściowe. Zapisy umowy przewidywały także możliwość naliczenia przez wykonawcę odsetek umownych za zwłokę w zapłacie wynagrodzenia. Strony określiły również, iż zakończenie prac budowlano-montażowych i odbiór końcowy mają nastąpić do 32 tygodni od daty rozpoczęcia robót. Zgodnie z § 5 umowy wykonawca zobowiązał się do udzielenia 3-letniej gwarancji na wykonany przez siebie obiekt oraz potwierdził, że ponosi odpowiedzialność z tytułu gwarancji za wady fizyczne i usterki zmniejszające wartość użytkową i techniczną wykonanych robót, powstałych i ujawnionych w okresie gwarancji oraz usunięcie ewentualnych wad i usterek ujawnionych w okresie gwarancji niezwłocznie, nie później niż w terminie 14 dni po pisemnym powiadomieniu przez zamawiającego. Zgodnie z § 8 pkt 3 umowy od każdej faktury zamawiający był zobowiązany do potrącania 2% wartości netto faktury. Wypłata tak otrzymanej kwoty miała nastąpić do 7 dni po odbiorze końcowym. Dalsze postanowienia obligowały wykonawcę do złożenia gwarancji w postaci weksla in blanco z klauzulą „bez protestu” wraz z deklaracją wekslową na wartość 10% całości wartości umowy netto, ważną do momentu zakończenia gwarancji, jako rękojmi utrzymania warunków gwarancji i dotrzymania postanowień umowy.

Do umowy sporządzone zostały dwa aneksy. Na podstawie pierwszego wynagrodzenie wykonawcy zostało podniesione do kwoty 8.800.000 zł netto, zaś na podstawie drugiego do wysokości 9.330.090 zł netto.

Protokół odbioru końcowego został sporządzony w 23 października 2008 r. Wówczas też sporządzono listę usterek, która została przekazana powodowi. Pozwany zgłaszał także liczne usterki w późniejszym czasie. Dokumentacja powykonawcza została przekazana przez powoda pozwanemu w dniu 3 grudnia 2008 r. W dniu 7 listopada 2008

r. pozwany złożył do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w P. wniosek o udzielenie pozwolenia na użytkowanie obiektu.

W dniu 11 lutego 2009 r. strony podpisały porozumienie na mocy którego uzgodniły, że zamawiający zwolni kwotę zatrzymaną z wynagrodzenia wykonawcy w ten sposób, że kwota 132.058,02 zł netto miała zostać przekazana wykonawcy do 28 lutego 2009 r., a pozostałe 50.000 zł netto w terminie 7-dniowym od daty przekazania zamawiającemu przez wykonawcę kompletnego (bez uzgodnień branżowych) projektu budowlanego rozbudowy istniejącego obiektu o drugą halę. W § 1 pkt 3 porozumienia strony umieściły oświadczenie, że na poczet zabezpieczenia usunięcia przez wykonawcę wad i usterek w okresie gwarancji, wykonawca przekaże zamawiającemu gwarancję ubezpieczeniową opiewającą na kwotę 200.000 zł netto z terminem ważności do 23 października 2011 r. Wykonawca zobowiązał się również do udzielenia zamawiającemu opustu cenowego w wysokości 100.000 zł netto, a przekazanie tego opustu oraz prawidłowa i uzgodniona ww. gwarancja ubezpieczeniowa miała w pełni i całkowicie zaspokajać i wyczerpywać wszelkie dotychczasowe roszczenia zamawiającego w zakresie terminowości i jakości wykonania przedmiotu umowy przez wykonawcę. Powód nie wystawił pozwanemu określonej w porozumieniu gwarancji ubezpieczeniowej, gdyż towarzystwa ubezpieczeniowe albo nie widziały możliwości udzielenia gwarancji z uwagi na treść porozumienia i przewidziane w nim prace dodatkowe, albo wymagały złożenia przez pozwanego oświadczenia, że nie wnosi żadnych zastrzeżeń do jakości i terminowości wykonanych przez wykonawcę prac, czego pozwany nie zaakceptował.

W dniu 25 lutego 2009 r. pozwany wystawił dokument kompensaty, w którym zestawiał ze sobą swoje należności względem powoda oraz należności powoda. Z dokumentu wynikało, że w dacie jego wystawienia pozostała do zapłaty od powoda na rzecz pozwanego kwota 93.433,23 zł do dnia 28 lutego 2009 r. oraz kwota 50.000 zł zgodnie z zawartym porozumieniem.

W piśmie z dnia 22 kwietnia 2009 r. pozwany wezwał powoda do realizacji wszystkich zobowiązań wynikających z porozumienia z dnia 11 lutego 2009 r., a w piśmie z dnia 11 maja 2009 r. odstąpił od porozumienia z wyłącznej winy powoda. W piśmie z dnia 3 czerwca 2009 r. wystosował wezwanie do zapłaty przez powoda kwoty 466.400 zł tytułem opóźnienia z zakończeniu realizacji inwestycji w myśl § 7 umowy. Z kolei pismem z dnia 15 czerwca 2009 r. pozwany wezwał powoda do zapłaty kwoty 385.075,30 zł netto tytułem rozliczenia z § 4 ust. 3 aneksu.

W dniu 16 czerwca 2009 r. powód wystosował do pozwanego wezwanie do zapłaty kwoty 143.433 zł wraz z ustawowymi odsetkami, jako należność uznaną - w ocenie powoda - przez pozwanego w porozumieniu z dnia 11 lutego 2009 r., jak również w późniejszej kompensacie z dnia 25 lutego 2009 r. W odpowiedzi strona pozwana wskazała, że ww. roszczenie jest niezasadne.

5 sierpnia 2009 r. pozwany wezwał powoda do wystawienia wynikającego z pierwotnie zawartej umowy weksla in blanco z klauzulą „bez protestu” oraz deklaracji wekslowej o wartości 10% wartości umowy netto, ważnej do momentu zakończenia gwarancji. Wezwanie to zostało ponowione w dniu 23 listopada 2009 r.

Zdaniem Sądu I instancji powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

Powód dochodził zapłaty kwoty stanowiącej część sumy zatrzymanej przez pozwanego jako zabezpieczenie wykonania umowy z dnia 21 maja 2007 r. Jej wysokość wynikała z różnicy zatrzymanej przez pozwanego kwoty gwarancyjnej w wysokości 182.058,02 zł oraz dokonanej przez pozwanego jej częściowej kompensaty w kwocie 38.634,79 zł. Stosownie do § 8 pkt 3 umowy wypłata zatrzymanej kwoty miała nastąpić do 7 dni po odbiorze końcowym inwestycji. W pkt 4 § 8 przewidziano jednak także, iż po zakończeniu robót wykonawca złoży gwarancję w postaci weksla in blanco z klauzulą „bez protestu” wraz z deklaracją wekslową na 10% wartości całości umowy netto, jako rękojmię utrzymania warunków gwarancji i dotrzymania postanowień kontraktu. Wynikało to z przewidzianej w umowie gwarancji i zobowiązania wykonawcy do usuwania w jej ramach wszystkich wad i usterek zgłaszanych przez zamawiającego. Warunkiem zwrotu zatrzymanej przez zamawiającego kwoty było także złożenie przez wykonawcę wskazanej gwarancji w postaci weksla in blanco, gdyż taki był cel wskazanego zabezpieczenia, a bez jego udzielenia,

w przypadku zwrotu całej zatrzymanej przez zamawiającego kwoty, dochodzenie roszczeń wynikających z gwarancji byłoby utrudnione.

Strona powodowa nie wypełniła ww. obowiązku, zatem brak było podstaw do żądania zwrotu kwoty zatrzymanej przez pozwanego tytułem zabezpieczenia. Powód nie przedstawił weksla pozwanemu ani bezpośrednio po zakończeniu robót, ani w terminie późniejszym, gdy strony ustaliły, że nie jest możliwe uzyskanie gwarancji ubezpieczeniowej. Powód przedstawił wprawdzie projekt deklaracji wekslowej, która przewidywała jednak możliwość wypełnienia weksla tylko do kwoty 200.000 zł, a nie, jak przewidywała umowa, na 10% wartości całej umowy netto, stąd pozwany nie wyrażał na to zgody. Powód nie zaproponował później pozwanemu innej deklaracji wekslowej i nie złożył weksla pomimo wielokrotnych wezwań, m.in. pismami z 5 sierpnia 2009 r. i 23 listopada 2009 r. Twierdzenia strony powodowej, że pozwany żądał kilku weksli nie miały znaczenia, bowiem nawet w przypadku takich żądań powód mógł się wywiązać z zobowiązania przedstawiając weksel in blanco odpowiadający zapisom umowy, czego jednak nie uczynił.

W ocenie Sądu I instancji niezasadne było także dochodzenie przedmiotowej kwoty na podstawie porozumienia zawartego przez strony w dniu 11 lutego 2009 r., gdyż pozwany skutecznie od tego porozumienia odstąpił. Jednym z warunków porozumienia, w którym strona pozwana uznała roszczenie powoda o wypłatę zatrzymanej sumy 182.058,02 zł, było wystawienie przez stronę powodową gwarancji ubezpieczeniowej usunięcia wad i usterek na kwotę 200.000 zł, w tym samym terminie jak ustalona data płatności uznanych kwot. Ponadto, powód zobowiązał się do wykonania określonych w porozumieniu prac poprawkowych i dodatkowych. Na skutek bierności powoda w sprawie wywiązania się z nałożonych na niego mocą porozumienia obowiązków, w szczególności w zakresie wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej, pozwany dokonał skutecznego odstąpienia od przedmiotowego porozumienia. Uprawnienie to wynikało z art. 493 § 1 k.c. i art. 491 § 2 k.c.

Istota świadczenia wzajemnego sprowadza się do tego, że zachowanie jednej strony umowy praktycznie natychmiastowo rodzi po drugiej stronie zobowiązanie do z góry określonego działania. W niniejszej sprawie zatrzymana kwota stanowiła legalne i prawidłowe następstwo bezczynności powoda w zakresie zabezpieczenia oraz gwarancji wynikających z umowy, stanowiącej brak wykonania świadczenia wzajemnego, które miało nastąpić w pierwszej kolejności przed świadczeniem drugiej strony. W konsekwencji, nie zostały spełnione przesłanki, które obligowałyby pozwanego do zwrotu zatrzymanych kwot. Mając na uwadze przedstawione argumenty, Sąd Okręgowy w oparciu o art. 353 k.c. oddalił powództwo oraz rozstrzygnął o kosztach procesu na podstawie art. 98 w zw. z art. 99 k.p.c.

Apelację od wyroku Sądu I instancji wniósł powód, zaskarżając go w całości. Zarzucił naruszenie art. 493 § 1 k.c. i art. 488 § 1 k.c. oraz art. 233 k.p.c. Skarżący wniósł o zamianę wyroku i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 143.433,23 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 26 lutego 2009 r. oraz kosztów procesu wraz z kosztami zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych, ewentualnie uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie od powoda kosztów postępowania za drugą instancję.

Wyrokiem z dnia 22 maja 2014 r., sygn. akt I ACa 1186/13, Sąd Apelacyjny w Warszawie po rozpoznaniu przedmiotowej apelacji powoda zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 143.433,23 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 lipca 2011 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 10.789 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt I), oddalił apelację w pozostałej części (pkt II) i zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 9.572 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego (pkt III).

Sąd Apelacyjny stanął na stanowisku, że powód winien złożyć pozwanemu weksel in blanco zaraz po zakończeniu robót, przed upływem 7 dni po odbiorze końcowym, bowiem było to warunek wypłaty zatrzymanej tytułem kaucji gwarancyjnej, części wynagrodzenia wykonawcy. Chodziło – zdaniem Sądu – o zmianę formy zabezpieczenia. Weksel miał stanowić dla zamawiającego rękojmię utrzymania warunków gwarancji i dotrzymania postanowień kontraktu, zatem zastępował zabezpieczenie w postaci gotówkowej kaucji gwarancyjnej przewidzianej w § 8 ust. 3 umowy. Sąd

nadto podzielił ocenę Sądu I instancji odnośnie skuteczności odstąpienia przez pozwanego od porozumienia z 11 lutego 2009 r. Powództwo zostało jednak uwzględnione, ponieważ ogłoszona została upadłość powoda, a pozwany, w ramach toczącego się postępowania upadłościowego, dokonał zgłoszenia wierzytelności w wysokości 933.009 zł (w związku z istnieniem po stronie upadłego zobowiązania do złożenia gwarancji w postaci weksla) nie zawierającego oświadczenia o potrąceniu. Konkluzja taka była następstwem stwierdzenia, że zobowiązanie do złożenia weksla in balneo z dniem ogłoszenia upadłości, a ściślej rzecz biorąc, z chwilą zmiany opcji postępowania upadłościowego na obejmujące likwidację majątku dłużnika, zamieniło się na zobowiązanie pieniężne, zgodnie z art. 91 ust. 2 p.u.n. W zmienionych okolicznościach pozwany nie wykazał, by służyło mu prawo do zatrzymania kaucji gwarancyjnej.

Powyższy wyrok został zaskarżony przez pozwanego skargą kasacyjną i następnie uchylony w punktach: I i III a sprawa przekazana do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2015 r., sygn. akt I CSK 1005/14. Sąd Najwyższy uznał za zasadny zarzut naruszenia art. 65 k.c. wskazując, że Sąd Apelacyjny, z naruszeniem przewidzianych w tym przepisie reguł wykładni, tj. bez wyjaśnienia celu i zamiaru stron i całokształtu postanowień umowy w konfrontacji z cechami charakteryzującymi umowę kaucji gwarancyjnej (wyłożonymi wcześniej w uzasadnieniu), przyjął, iż w § 8 pkt 3 umowy strony przewidziały ustanowienie kaucji gwarancyjnej mającej zabezpieczać prawidłowe wykonanie przez powoda obowiązków gwarancyjnych. W szczególności zwrócił uwagę na fakt, że termin zwrotu potrąconych przez pozwanego kwot miał nastąpić już 7 dni po odbiorze końcowym, od którego biegł 3-letni termin gwarancji. Poza tym kwota zabezpieczenia (10 % wartości umowy netto) miała być znacznie wyższa od zatrzymanej kaucji. Sąd Najwyższy za zasadne uznał także zarzuty naruszenia art. 488 § 1 k.c. oraz art. 98 ust. 1 p.u.n., wskazując na potrzebę wyłożenia znaczenia sformułowania użytego w § 8 umowy: „zamawiający był zobowiązany do potrącenia (...)”, również w celu ustalenia czy strony miały na myśli kaucję gwarancyjną. Sąd II instancji naruszył również art. 92 ust. 1 p.u.n., wskutek zaniechania wyjaśnienia według jakiego mechanizmu miało nastąpić zaspokojenie się pozwanego z zatrzymanej kwoty kaucji gwarancyjnej w razie ziszczenia się warunków do wykorzystania ustanowionego zabezpieczenia, w szczególności, czy tylko poprzez złożenie oświadczenia o potrąceniu. Do naruszenia tego przepisu (przez niewłaściwe zastosowanie) doszło także przez przyjęcie, że na skutek ogłoszenia upadłości powoda i działania skutku transformacyjnego przewidzianego w powołanym przepisie z dniem ogłoszenia jego upadłości, tj. z dniem 29 lipca 2011 r. zaktualizował się obowiązek pozwanego zwrotu kaucji gwarancyjnej na rzecz powoda, w sytuacji, w której pozwany nie powołał się w postępowaniu na wady, które ujawniły się już po ogłoszeniu upadłości, a termin gwarancji upływał dopiero z dniem 23 października 2011 r. Jeżeli pozwany byłby uprawniony, według umowy, do zatrzymania kaucji gwarancyjnej do końca okresu gwarancji, to nieujawnienie się nowych wad wykonanych robót już po ogłoszeniu upadłości nie spowodowało, że termin zwrotu kaucji gwarancyjnej zaktualizował się przed upływem terminu udzielonej gwarancji - już z chwilą ogłoszenia upadłości powoda. Z kolei zaniechanie oceny skutków, jakie dla tej formy zabezpieczenia roszczeń udzielonego przez upadłego wywołuje ogłoszenie jego upadłości likwidacyjnej w świetle przepisów ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze nie pozwolił odeprzeć zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 oraz art. 498 § 1 k.c. na skutek przyjęcia, że niezłożenie przez pozwanego zarzutu potrącenia spowodowało aktualizację obowiązku zwrotu kwoty kaucji gwarancyjnej.

W toku ponownego rozpoznania sprawy strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

### ***Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:***

Mając na uwadze wiążącą wykładnię prawa dokonaną przez Sąd Najwyższy w opisanym wyżej wyroku kasatoryjnym, (art. 398<sup>20</sup> k.p.c.), Sąd Apelacyjny w celu dokonania wykładni oświadczeń woli stron zgodnej z art. 65 k.c. odebrał stanowiska od ich pełnomocników oraz, stosując art. 232 zdanie 2 k.p.c., przeprowadził postępowanie dowodowe. W konsekwencji, odmiennie niż Sąd poprzednio rozpoznający apelację ustalił, że kwoty zatrzymywane od każdej faktury, stanowiące 2 % wartości umowy netto o jakim mowa jest w § 8 pkt 3 umowy z 27 maja 2007 r., nie stanowiły kaucji gwarancyjnej zabezpieczającej prawidłowe wykonanie obowiązków gwarancyjnych (przez trzy lata od daty odbioru końcowego). Zakwalifikowaniu zatrzymanych kwot jako kaucji gwarancyjnej zaprzeczył pełnomocnik pozwanego (k.820), prezes zarządu pozwanej spółki (...) (k.848-849), jak również byli członkowie zarządu powodowej spółki: G.

K. i R. K. (k.847). Za takim ustaleniem przemawia również zasadniczy argument podniesiony przez Sąd Najwyższy, a mianowicie okoliczność, że skoro zatrzymana kwota miała być płatna w ciągu 7 dni od odbioru końcowego, to nie mogła zabezpieczać prawidłowego wykonywania obowiązków gwarancyjnych przez następne trzy lata. Jest to konstatacja niesprzeczna z podstawą zaskarżonego rozstrzygnięcia, która zatrzymanej kwoty nie traktuje jako kaucji gwarancyjnej.

Mając powyższe na uwadze i uwzględniając zeznania świadków: G. K. i R. K., Sąd Apelacyjny ustala, że zatrzymana kwota miała stanowić tzw. gwarancję należytego (dobrego) wykonania umowy, której celem jest zagwarantowanie usunięcia wad stwierdzonych w toku realizacji kontraktu, a więc zabezpieczenie prawidłowego wykonania samych robót budowlanych, do chwili odbioru końcowego przedmiotu umowy, a nie tych wad, które mogą się ujawnić dopiero w okresie gwarancji. Taki sposób zabezpieczenia wykonania umów praktykowany jest w obrocie gospodarczym, znany w piśmiennictwie i orzecznictwie (por. np. M. B., B. M.; Zabezpieczenie należytego wykonania umowy o roboty budowlane oraz terminowego usuwania wad i usterek, t.11, Komentarz praktyczny ABC nr 68228 i uzasadnienie postanowienia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 13 lutego 2012 r., I ACz 270/12, Lex nr 1111997). Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 17 grudnia 2005 r. również wymienił ten rodzaj zabezpieczenia, w ramach którego „termin zwrotu kaucji określany jest typowo z chwilą odbioru końcowego lub po upływie pewnego czasu od odbioru końcowego” (k.808-808v.).

Wykluczenie znaczenia jakie spornej kwocie przypisał Sąd poprzednio orzekający w drugiej instancji nie oznacza, że możliwe jest zaaprobowanie stwierdzenia Sądu Okręgowego, iż funkcją zatrzymanej kwoty było zabezpieczenie wystawienia weksla na 10% całości wartości umowy netto, ważne do momentu zakończenia gwarancji, jako rękojmi utrzymania warunków gwarancji i dotrzymania postanowień umowy. Zwłaszcza wobec znacznej rozbieżności pomiędzy kwotą zatrzymaną a kwotą zabezpieczenia, na co zwrócił już uwagę Sąd Najwyższy. Nieracjonalne byłoby zabezpieczenie wykonania obowiązku umownego o wartości 933.009 zł (10%) za pomocą zatrzymania kwoty pięciokrotnie niższej (2%). Zdaniem Sądu Apelacyjnego brak jest dostatecznych podstaw do podzielenia ustalenia Sądu I instancji, że istnieje zależność pomiędzy punktami 4 i 3 paragrafu 8 umowy. Świadczenie G. K. i R. K. stanowczo zaprzeczyli by wypłata z punktu 3 zależała od złożenia gwarancji o jakiej mowa w punkcie 4, a zeznania S. F. o zapewnieniach ze strony R. K., że kwoty potrącone z wynagrodzenia będą pełniły taką właśnie, gwarancyjną funkcję (k.848), nie przekonują. Nie tylko ze względu na wspomnianą już rozbieżność kwotową ale też przez swą ogólnikowość i sprzeczność z zeznaniami świadków, mającymi – co szczególnie istotne – oparcie w treści umowy. Wydaje się nie budzić wątpliwości, że w profesjonalnym obrocie gospodarczym takie istotne postanowienie winno znaleźć odzwierciedlenie w tekście umowy. Jeśliby rzeczywiście wypłata zatrzymanej kwoty nie miała zależeć tylko od dokonania odbioru końcowego ale była powiązana z obowiązkiem zaciągnięcia zobowiązania wekslowego, to zapewne zostałoby to uwzględnione w kontrakcie, na przykład poprzez dodanie po słowach: „do 7 dni po odbiorze końcowym”, słów: „o ile w tym czasie Wykonawcałoży gwarancję określoną w punkcie 4”, albo po prostu mogłyby strony umowy stwierdzić, że „wypłata zatrzymanej kwoty nastąpi po odbiorze końcowym i złożeniu przez Wykonawcę gwarancji opisanej w punkcie 4”. Co do zasady nie można wkluczyć sytuacji, w której strony nie zabezpieczają dotrzymania warunków gwarancji poprzez wystawienie weksla lub nawet także w jakikolwiek inny sposób, tak jak to miało miejsce w tym przypadku.

Sąd Najwyższy przesądził w tej sprawie, że zobowiązanie do zwrotu kaucji powstaje już w chwili zawarcia umowy gwarancyjnej i jej wypłaty (w tym wypadku sukcesywnych potrąceń), a staje się wymagalne po upływie przewidzianego okresu zatrzymania kaucji i prawidłowym wykonaniu zabezpieczonego świadczenia. Zatrzymana na podstawie § 8 pkt 3 umowy, kwota wynagrodzenia należnego powodowi, winna być wypłacona nie później niż 7 dni po odbiorze końcowym, ten zaś miał miejsce w dniu 23 października 2008 r. Odbiorowi końcowemu towarzyszyło sporządzenie „wykazu usterek i niedoróbek”, które miały zostać usunięte do 7 listopada 2008 r. (k.73-77). Ostatecznie 3 grudnia 2008 r. została przekazana inwestorowi dokumentacja powykonawcza (k.271-272), z tym, że już wcześniej – w dniu 7 listopada 2008 r., pozwanyłożył wniosek o udzielenie pozwolenia na użytkowanie obiektu (k.273). Przytoczone okoliczności faktyczne przemawiają za stwierdzeniem, że zaspokojenie inwestora z przedmiotu zabezpieczenia, powodujące wygaśnięcie zobowiązania do zwrotu kwoty zatrzymanej w całości lub w części, powinno nastąpić

najpóźniej w dacie określonej jako graniczna dla usunięcia usterek, tj. do 7 listopada 2008 r., przynajmniej jeśli chodzi o sposób wymieniony w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego w drugiej kolejności, tj. przez pokrycie kosztów napraw wad i usterek nieusuniętych w tym terminie ze środków zatrzymanej kaucji gwarancyjnej. Zważywszy, że pozwany nie złożył także oświadczenia o potrąceniu wierzytelności obejmujących zwrot kosztów poniesionych na naprawy albo kosztów, które należy ponieść w celu usunięcia usterek wymienionych w protokole sporządzonym 23 października 2008 r., to nie istnieją żadne przesłanki do odmowy z jego strony zwrotu zatrzymanej kwoty (w części dochodzonej w tym procesie). Pozwany nie powoływał się w procesie na nieusunięcie wad czy usterek stwierdzonych przed rozpoczęciem okresu gwarancyjnego, swoje stanowisko opierając na interpretacji § 8 pkt 3 i 4 umowy, która – jak to wykazano – okazała się dowolna. Do odpowiedzi na pozew dołączył obszerną dokumentację zgłoszeń serwisowych, prawie wyłącznie dotyczących lat 2009-2010, a więc nieistotnych z punktu widzenia celu zatrzymania 2 % wartości z każdej faktury.

Należy w tym miejscu raz jeszcze podkreślić, że niezłożenie gwarancji o jakiej mowa w § 8 pkt 4 umowy nie ma żadnego wpływu na obowiązek zwrotu zatrzymanej kwoty z punktu 3. W konsekwencji nie można w ogóle mówić o skutku transformacyjnym przewidzianym w art. 91 ust. 2 p.u.n., w związku z późniejszym ogłoszeniem upadłości wykonawcy.

Z przedstawionych względów powództwo zasługiwało na uwzględnienie - w takim samym zakresie, w jakim uwzględnione zostało w wyroku uchylonym przez Sąd Najwyższy, przy zastosowaniu art. 647 k.c. i uregulowania zawartego w § 8 ust. 3 umowy jaką strony zawarły 21 maja 2007 r. Orzeczenie o odsetkach ustawowych za opóźnienie zapadło na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c.

Po wydaniu wyroku Sądu Apelacyjnego z 22 maja 2014 r. pozwany wnioskował o wstrzymanie jego wykonania. Wniosek w tym przedmiocie został oddalony postanowieniem z dnia 4 sierpnia 2014 r. (k.770). Następnie, by uniknąć egzekucji pozwany zapłacił zasądzone kwoty, a więc należność główną z odsetkami oraz koszty procesu. Niemniej, jego zdaniem spełnił w ten sposób świadczenie nienależne (stanowisko pełnomocnika przedstawione na rozprawie apelacyjnej – k. 849). Zarazem powód, mimo zapłaty, popierał apelację. W takiej sytuacji jej oddalenie ze względu na spełnienie świadczenia mogłoby być postrzegane jako uchylene się od merytorycznego rozpoznania sporu. W uchwale z dnia 26 lutego 2014 r., III CZP 119/13 (OSNC 2015/1/1) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że jeżeli powód po spełnieniu świadczenia przez pozwanego po doręczeniu pozwu nie cofnął pozwu, sąd oddala powództwo. Mimo kategorię brzmienia uchwały, jej uzasadnienie wyraźnie odróżnia sytuację gdy pozwany spełnił świadczenie z wolą zaspokojenia powoda co do dochodzonego roszczenia (nie kwestionował swego zobowiązania) – takiej dotyczył stan faktyczny w sprawie III CZP 119/13, od przypadku, gdy pozwany płacił aby uniknąć egzekucji, lecz przeczył w dalszym ciągu zasadności żądania powoda. W takiej sytuacji Sąd Najwyższy przypomniał swoje orzeczenie z 15 marca 1955 r., II CR 1449/54 (OSN 1956/1/12) w którym przyjął, że wówczas wydanie wyroku nie stało się zbędne, gdyż istnieje w dalszym ciągu pomiędzy stronami spór o zasadność roszczenia, który sąd powinien rozstrzygnąć. Wydaje się, że w takiej sytuacji za aktualne należy uznać stanowisko wyrażone w uchwale Sądu Najwyższego z 4 stycznia 1979 r., III CZP 91/78 (OSNCP 1979/7-8/139), w której dopuszczono możliwość zamieszczenia w wyroku ponownie zasądzającym wyegzekwowane świadczenie, po rozpoznaniu sprawy, na skutek uchylenia poprzedniego wyroku w wyniku uwzględnienia rewizji nadzwyczajnej, zastrzeżenia, że świadczenie zostało wyegzekwowane. Jak zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu tejże uchwały, dopuszczalności zamieszczenia w wyroku takiej wzmianki nie wyłącza żaden przepis kodeksu postępowania cywilnego. W niniejszej sprawie zaistniała taka sama sytuacja, z tą tylko różnicą, że wobec zmiany stanu prawnego została uwzględniona skarga kasacyjna a nie rewizja nadzwyczajna i świadczenie nie zostało wyegzekwowane lecz spełnione w celu uniknięcia egzekucji, po oddaleniu wniosku o wstrzymanie wykonania wyroku zasądzającego. Nie są to różnice doniosłe, które wpływałyby na argumentację powołaną w uchwale, wykluczającą w zasadzie możliwość wytoczenia w takiej sytuacji powództwa opartego na art. 840 § 1 pkt 1 lub 2 k.p.c. i zwracającą uwagę na zbędność mnożenia procesów w sytuacji, gdy można temu skutecznie zapobiec za pomocą zaznaczenia w wyroku, że zasądzone świadczenie zostało już wyegzekwowane. Za wydaniem w tej sprawie wyroku ponownie zasądzającego, z zaznaczeniem, że świadczenie zostało spełnione, przemawia także następująca uwaga poczyniona w uzasadnieniu uchwały SN 26 lutego 2014 r.: „Nie ma zatem podstaw do przyjmowania, że uchwała zawiera argumenty przemawiające za koniecznością wydania wyroku uwzględniającego

powództwo i wprowadzania do jego sentencji wzmianki o spełnieniu świadczenia w każdej sprawie, w której do spełnienia świadczenia doszło w drodze egzekucji.” Nie kwestionując więc zasady która została wyrażona w uchwale, należy w sytuacjach spornych dopuścić wydanie wyroku ponownie zasądającego, z zaznaczeniem, że świadczenie zostało spełnione (wyegzekwowane).

Z przedstawionych względów, przyjmując za swoje przytoczone ustalenia Sądu Okręgowego, poszerzone o ustalenia dokonane przez Sąd Apelacyjny (art. 382 k.p.c.) i nie podzielając oceny Sądu I instancji na temat związku pomiędzy ust. 3 i 4 paragrafu ósmego umowy stron, Sąd Apelacyjny, przy zastosowaniu art. 386 § 1 k.p.c. orzekł reformatoryjnie w zakresie przekazanym do rozpoznania przez Sąd Najwyższy. Orzeczenie o kosztach postępowania zapadło na zasadzie odpowiedzialności za wynik procesu (art. 99 k.p.c. w zw. z art. 98 k.p.c.).