

Sygn. akt I AGa 282/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 listopada 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Tomasz Szabelski

Sędziowie: SA Michał Kłós (spr.)

SO del. Sławomir Zieliński

Protokolant: sekr. sąd. Bartosz Kędziora

po rozpoznaniu w dniu 30 listopada 2018 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa K. S.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 26 czerwca 2018 r. sygn. akt X GC 489/17

1. oddala apelację;

2. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. na rzecz K. S. kwotę 4.050 (cztery tysiące pięćdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt I AGa 282/18

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Łodzi zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 107.660 zł wraz z ustawowymi odsetkami za 31 grudnia 2015 r. oraz dalszymi odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, oddalił powództwo w pozostałym zakresie oraz stwierdził, że strona pozwana uległa w całości, pozostawiając szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. Powyższe rozstrzygnięcie zapadło na postawie poczynionych przez Sąd pierwszej instancji ustaleń faktycznych, które Sąd Apelacyjny uznaje za podstawę również własnego rozstrzygnięcia, a które w zasadniczych elementach przedstawiają się następująco:

W dniu 12 lutego 2014 r. została zawarta pomiędzy konsorcjum firm (...) sp. z o. o. w W. i B. a.s. w P., jako Generalnym Wykonawcą a pozwanym (poprzednio (...) sp. z o. o. w Ł.) umowa o wykonanie robót projektowych, budowlanych i wyposażenia wewnątrz w ramach projektu „BioNanoPark+” obejmującego wykonanie budynku wraz z parkingiem nadziemnym wielopoziomowym do 15 lipca 2015 r. za kwotę 27.333.764,20 zł + VAT, tj. 33.620.529,97 zł. Strony

przewidziały wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto w formie gwarancji bankowej.

W dniu 23 stycznia 2015 r. pomiędzy powodem a (...) sp. z o. o. w W. została zawarta umowa o wykonanie robót budowlanych w zakresie instalacji elektrycznych wewnętrznych, oświetlenia elewacji i terenu oraz sporządzenia dokumentacji powykonawczej (z materiałów i urządzeń własnych) w terminie do 15 czerwca 2015 r. za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 1.350.000 zł + VAT, tj. 1.660.500 zł. Rozliczenia miały następować w oparciu o odbiory częściowe stanowiące podstawę do wystawienia faktury częściowej, przy czym częściowe fakturowanie nie mogło przekroczyć 90% wartości netto wynagrodzenia. Zgodnie z § 3 pkt 8 umowy powód miał obowiązek partycypować w kosztach utrzymania budowy w wysokości 0,2% netto wartości wystawionej faktury (rozliczane przez potrącenie). Powód zobowiązany był do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% wynagrodzenia netto (tj. 135.000 zł) w formie gwarancji bankowej, polisy ubezpieczeniowej bądź potrąceń z faktur VAT. Zabezpieczenie to zgodnie z umową miało podlegać zwrotowi na rzecz wykonawcy w wysokości 70% kwoty zabezpieczenia w terminie 30 dni od daty odbioru końcowego inwestycji, zaś pozostałe 30% zabezpieczenia w terminie 30 dni po upływie okresu gwarancji, udzielonej na 60 miesięcy.

Przed podpisaniem umowy strony prowadziły negocjacje, których podstawowe ustalenia zostały spisane w formie protokołu. Z protokołu tego wynika m.in., że ewentualne roboty dodatkowe rozliczane będą w oparciu o kosztorysy powykonawcze, po zaakceptowaniu tych robot przez zamawiającego.

W dniu 15 czerwca 2015 r. powód i B. zgodnie zmienili termin wykonania umowy na 30 sierpnia 2015 r., natomiast 30 lipca 2015 r. został podpisany pomiędzy nimi kolejny aneks do umowy zgodnie z którym powód zobowiązał się do wykonania określonych robót dodatkowych za wynagrodzeniem ryczałtowym 188.000 zł + VAT, powiększając wynagrodzenie z umowy do kwoty 1.538.000 zł + VAT.

Powód nie złożył zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej ani polisy ubezpieczeniowej, lecz poprzez zatrzymanie 10% wartości wynagrodzenia netto z każdej faktury.

W dniu 9 marca 2015 r. powód wystawił fakturę nr (...) na kwotę 51.045 zł brutto, z terminem płatności do 8 kwietnia 2015 r. Z kwoty tej B. dokonał zapłaty w łącznej kwocie 46.639,77 zł oraz wystawił fakturę za media w kwocie 255,23 złotych z VAT. Pozostała niezapłacona kwota 4.150 zł, stanowiąca 10% wartości faktury netto, zatrzymanej na poczet zabezpieczenia.

W dniu 31 marca 2015 r. powód wystawił fakturę nr (...) na kwotę 453.993 zł brutto, z terminem płatności do 30 kwietnia 2015 r. Z kwoty tej B. dokonał zapłaty w łącznej kwocie 364.813,04 zł oraz wystawił fakturę za media w kwocie 2.269,96 zł z VAT i pomniejszył (według dyspozycji z polecenia przelewu) zapłatę o wartość faktury za media oraz o wartość zabezpieczenia. Kwota zabezpieczenia stanowiąca 10% wartości netto tej faktury to 36.910 zł.

W dniu 30 kwietnia 2015 r. powód wystawił fakturę nr (...) na kwotę 266.295 zł, z terminem płatności do 30 maja 2015 r. Z kwoty tej B. dokonał zapłaty w łącznej kwocie 243.313,52 zł oraz wystawił fakturę za media w kwocie 1.331,48 zł z VAT. Pozostała niezapłacona kwota 21.650 zł, stanowiąca 10% wartości faktury netto, zatrzymanej na poczet zabezpieczenia.

W dniu 31 maja 2015 r. powód wystawił fakturę nr (...) na kwotę 563.419,95 zł, z terminem płatności do 30 czerwca 2015 r. Z kwoty tej B. dokonał zapłaty w łącznej kwocie 514.796,35 zł oraz wystawił fakturę za media w kwocie 2.817,10 zł z VAT. Pozostała niezapłacona kwota 45.806,50 zł, stanowiąca 10% wartości faktury netto, zatrzymanej na poczet zabezpieczenia.

W dniu 30 czerwca 2015 r. powód wystawił fakturę nr (...) na kwotę 164.002,05 zł, z terminem płatności do 30 lipca 2015 r. Z kwoty tej B. dokonał zapłaty w łącznej kwocie 149.848,54 zł oraz wystawił fakturę za media w kwocie 820,01 zł z VAT. Pozostała niezapłacona kwota 13.333,50 zł, stanowiąca 10% wartości faktury netto, zatrzymanej na poczet zabezpieczenia.

W dniu 31 sierpnia 2015 r. powód wystawił fakturę nr (...) na kwotę 213.261,09 zł, z terminem płatności do 30 września 2015 r. B. wystawił fakturę za media w kwocie 1.066,31 zł z VAT oraz fakturę za wynajem podnośnika w kwocie 295,20 zł z VAT. Płatności dokonał bezpośrednio pozwany, przy czym w dniu 17 listopada 2015 r. została zapłacona kwota 132.480,91 zł, stanowiąca (zgodnie ze wskazanym tytułem) 85% netto z tej faktury i tego samego dnia została zapłacona kwota 59.226,77 zł stanowiąca 15% netto z faktury oraz całość podatku VAT. Łącznie pozwany dokonał zapłaty kwoty 191.707,68 zł. Kwoty zapłacone nie odpowiadały wartościom wskazanym w tytule przelewu (nawet uwzględniając ewentualne zabezpieczenie i odliczając faktury za media i podnośnik. Pozostała niezapłacona kwota 20.191,90 zł. Kwota 10% netto z tej faktury to 17.338,30 zł.

W dniu 14 października 2015 r. zostało zawarte porozumienie pomiędzy Generalnym Wykonawcą (B.) a pozwanym. W ramach tego porozumienia ustalono, iż pozwany dokona bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców B. do wysokości wartości faktury końcowej.

W dniu 13 listopada 2015 r. powód wystawił fakturę nr (...) na kwotę 179.723,91 zł, z terminem płatności do 20 grudnia 2015 r. B. wystawił fakturę za media w kwocie 898,61 zł z VAT, fakturę za wynajem podnośnika w kwocie 2.853,60 zł z VAT oraz fakturę za wykonanie ognioochronnych przepustów na kwotę 1.940,42 zł z VAT.

Płatności dokonał bezpośrednio pozwany, przy czym 3 grudnia 2015 r. została zapłacona kwota 46.946,44 zł, natomiast 4 grudnia 2015 r. została zapłacona kwota 105.011,77 zł. Łącznie pozwany dokonał zapłaty kwoty 151.958,21 zł. Kwota ta odpowiadała dyspozycji przekazu z 30 listopada 2015 r. Pozostała niezapłacona kwota 27.765,70 zł. Kwota 10% wartości netto z tej faktury wynosiła 14.611,70 zł.

W dniu 13 listopada 2015 r. został sporządzony protokół ostatecznego odbioru prac powoda, dokonany przez B., przy czym jak wynika z jego treści nie stwierdzono żadnych usterek prac powoda ani niezgodności z umową.

W dniu 13 listopada 2015 r. został sporządzony protokół ostatecznego odbioru końcowego inwestycji, przy czym z uwagi na występowanie wad strony ustaliły, że w zamian za zwolnienie Generalnego Wykonawcy z obowiązku usunięcia wad, obniżają zgodnie wartość wynagrodzenia o kwotę 353.500 zł. Upływ terminu gwarancji wykonanych robót nastąpi natomiast w dniu 13 listopada 2020 r.

Pismem z 27 listopada 2015 r., powód wezwał B. do zwrotu 70% kwoty zatrzymanej z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w oparciu o § 16 umowy. W piśmie tym powód wskazał, iż z tytułu zabezpieczenia została zatrzymana kwota 153.800 zł (10% zmienionej aneksem wartości wynagrodzenia netto) i z tego względu wezwał do zwrotu kwoty 107.660 zł (tj. 70%) netto.

Pismem z dnia 1 grudnia 2015 r., złożonym u pozwanego także w dniu 1 grudnia 2015 r., powód wyjaśnił, iż złożona przez B. w dniu 30 listopada 2017 r. dyspozycja zapłaty oraz jego wezwanie do zapłaty dotyczy: kwoty 151.985,21 zł z tytułu płatności do faktury z 13 listopada 2015 r. (2/11/15); kwoty 107.660,00 zł z tytułu zatrzymania części wynagrodzenia na zabezpieczenie, a która stanie się wymagalna w dniu 13 grudnia 2015 r. (po upływie 30 dni od odbioru końcowego inwestycji); kwoty 46.140,00 zł, która stanie się wymagalna po 5-letniego terminu gwarancji (pozostała część zabezpieczenia). Jednocześnie powód wskazał, iż roszczenie to kieruje do pozwanego jako odpowiadającego solidarnie z B..

Z kolei w piśmie z 14 grudnia 2015 r. pozwany wyjaśnił, iż dokonał zapłaty kwot 151.958,21 zł z tytułu faktury (...) i kwoty 191.707,68 zł z tytułu faktury nr (...) – zgodnie z oświadczeniami Generalnego Wykonawcy. Jednocześnie pozwany oświadczył, iż dokonał zapłaty w ramach wysokości należności, jakie wynikały z ostatniej faktury wystawionej przez B. i nierozliczonego, przysługującego B. wynagrodzenia oraz odmówił zapłaty za inne zobowiązania B. względem zgłoszonych podwykonawców, wykraczające poza wynagrodzenie za roboty budowlane wskazane przez B. w fakturze wystawionej przez powoda.

W wezwaniu datowanym na dzień 22 grudnia 2015 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 107.660,00 zł w terminie do 30 grudnia 2015 r.

Sąd pierwszej instancji ustalił również, że realizacja przedmiotowej inwestycji było współfinansowana przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości (jako jednostkę finansującą). W wyjaśnieniach z dnia 4 grudnia 2015 r. skierowanych do Agencji pozwany wskazał, iż zgodnie z porozumieniem zawartym z Generalnym Wykonawcą rozliczenie finansowe ostatniej faktury nastąpiło poprzez bezpośrednie płatności na rzecz podwykonawców według przekazanych przez B. dyspozycji w kwocie brutto, zgodnie z przedstawioną tabelą. Kwota dyspozycji złożonych przez B. wyniosła 7.319.188,65 zł, natomiast zrealizowano wypłaty w kwocie łącznej 6.289.300,99 zł z uwagi na przekroczenie wartości faktury końcowej wystawionej przez B..

W piśmie z 16 grudnia 2015 r., skierowanym do Generalnego Wykonawcy (Prezesa (...) sp. z o. o.), pozwany oświadczył, iż wartość zgłoszonych dyspozycji przekracza wartość faktury końcowej B. i załączył tabelę ze wskazaniem kwot wypłaconych na rzecz poszczególnych podwykonawców.

Łącznie pozwany dokonał zapłaty na rzecz powoda kwoty 343.665,89 zł. Kwota 191.707,68 zł została zapłacona w oparciu o dyspozycję zapłaty (opartą na przekazie) B. z dnia 16 listopada 2015 r. z której wynika, że kwota ta stanowi wynagrodzenie za roboty budowlane objęte załączonym protokołem odbioru i fakturą nr (...) oraz uwzględnia potrącenia zgodnie z zawartą pomiędzy B. i powodem umową. Z dyspozycji B. z 30 listopada 2015 r. wynika, iż pozostała zapłacona kwota 151.958,21 zł obejmuje wynagrodzenie powoda za roboty objęte protokołem odbioru i fakturą powoda nr 2/11/15. Ponadto B. wskazał, iż w ramach dyspozycji zapłaty upoważnia także pozwanego do zapłaty na rzecz powoda kwoty 107.660 zł, która stanowi 70% zabezpieczenia gotówkowego uiszczonego przez powoda na poczet należytego wykonania umowy oraz kwoty 46.140 zł, stanowiącej 30% zabezpieczenia, która stanie się wymagalna po 60 miesiącach od odbioru końcowego inwestycji. Jednocześnie B. wskazał, iż kwoty te należy uwzględnić w ramach wystawionych przez B. faktur (...) z 30 czerwca 2015 r. oraz faktury końcowej nr 22/11/2015 z 13 listopada 2015 r. Do dyspozycji zostało załączone zestawienie rozliczenia z powodem, w tym wskazanie kwoty 188.000 zł z tytułu prac dodatkowych

Powód był zgłoszonym pozwanemu (jako inwestorowi) podwykonawcą i podobnie jak pozostali podwykonawcy składał, załączane do faktur wystawianych przez B. i przedstawianych pozwanemu, oświadczenia o braku zaległości w płatnościach dokonywanych przez B.. Oświadczenia te (oprócz protokołów odbiorów i zestawień robót) były warunkiem dokonania zapłaty na rzecz B. za faktury częściowe. Oświadczenia te dotyczą okresu do końca maja 2015 r.

Powód złożył takie oświadczenie o braku zaległości w płatnościach B. za okres do 31 marca 2015 r., a następnie za ten sam okres sporządzone według powtarzalnego wzoru (podobnie jak inni podwykonawcy), zawierającego oświadczenie, że z tytułu wykonania tego etapu nie przysługują wobec B. żadne wymagalne ani niewymagalne roszczenia związane z wynagrodzeniem.

B. nie przekazywał wcześniej pozwanemu informacji o zawartych umowach o roboty dodatkowe. Zakres prac był zmieniany z B. na bieżąco w ramach dostosowywania do określonych urządzeń. Pozwany naliczył ponadto generalnemu wykonawcy (B.) kary umowne w wysokości kilkunastu milionów złotych. Ostatnia faktura B. została rozliczona płatnościami bezpośrednio na rzecz podwykonawców, bowiem podwykonawcy zaczęli kierować do pozwanego wezwania do zapłaty z uwagi na zaległości płatnicze B..

Płatności na rzecz niektórych podwykonawców były pomniejszane o kaucję tytułem zabezpieczenia.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy w postaci dokumentów, których prawdziwości żadna ze stron nie kwestionowała oraz w niewielkim zakresie – uzupełniająco – w oparciu o złożone zeznania świadków, z których zresztą nie wynikały żadne istotne okoliczności, zaś świadkowie w zasadzie nie pamiętali szczegółów zdarzeń mających miejsce kilka lat temu. Ponadto zeznania te były o tyle nieistotne, że nie obejmowały okoliczności niewynikających ze złożonych przez strony dokumentów. Z tych też względów, w oparciu o

treść art. 217 § 3 k.p.c. Sąd pominął wniosek o przesłuchanie świadka K. J. zgłoszonego na te same okoliczności, jako zbędny do rozstrzygnięcia sprawy.

Sąd pominął złożoną fakturę z 30 czerwca 2015 r. wystawioną przez B. dla pozwanego oraz załączone do niej protokoły zaawansowania i potwierdzenie wykonania i księgowania (dokumenty złożone na rozprawie w dniu 13 lutego 2018 r.) jako nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Zostały one bowiem zgłoszone na okoliczność rozliczenia z B. zakresu prac powoda objętego umową podstawową natomiast dla powstania odpowiedzialności solidarnej inwestora względem podwykonawcy nie ma żadnego znaczenia kwestia dokonania rozliczenia z generalnym wykonawcą. Na marginesie zresztą, choć nie ma to żadnego znaczenia zauważyć należy, że pozwany dokonał zapłaty bezpośrednio na rzecz powoda nie tylko za roboty dodatkowe objęte aneksem (określone na kwotę 188.000 zł), ale także za roboty wykonane w ramach umowy podstawowej. Płatności pozwanego dotyczyły bowiem faktur (...) i faktury nr (...) z dnia 13 listopada 2015 r. i łącznie wyniosły 343.665,89 zł, a więc kwota ta obejmowała nie tylko wartość robót dodatkowych.

Sąd nie dał wiary zeznaniom świadków B. W., M. B., S. P. i J. Ł. w zakresie ich twierdzeń, iż dokonywane na rzecz powoda wypłaty nie były pomniejszane o kaucję z tytułu zabezpieczenia. Z zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności dokumentów w postaci faktur i potwierdzeń przelewu wynika w sposób nie budzący wątpliwości, iż zapłata była pomniejszana (zgodnie z dyspozycją B.) zarówno o kwotę zatrzymania, koszty mediów i inne bliżej niesprecyzowane, co skutkowało tym, że dokonana płatność była niższa niż wynikająca z kwoty faktury. Faktura nr (...) na kwotę 213.261,09 zł została zapłacona przez pozwanego w kwocie 191.707,68 zł (potwierdzenia przelewów – z potwierdzeń tych ponadto wynika niezgodna z rzeczywistością informacja, iż kwoty te stanowią 85% netto i 15% netto plus VAT od całości, co sugerowałoby zapłatę faktury w całości). Druga z faktur nr (...) na kwotę 179.723,91 zł została zapłacona w kwocie 151.958,21 zł, a więc zgodnie z dyspozycją B..

W oparciu o powyższe ustalenia faktyczne i ocenę materiału dowodowego Sąd pierwszej instancji uznał, że pozwanego z Konsorcjum (...), oraz powoda jako podwykonawcę i Konsorcjum (...) łączyła umowa o roboty budowlane (art. 647 k.c.). Podkreślił, że z art. 647¹ § 2 k.c. wynika obowiązek przedłożenia przez wykonawcę inwestorowi umowy z podwykonawcą lub jej projektu. Zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą może być wyrażona w sposób: bierny (milczenie) albo czynny, w ramach którego można wyróżnić sposób pisemny, ustny, dorozumiany. Jeżeli inwestor w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą (lub jej projektu) nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, w sposób milczący (bierny) wyraża on zgodę na zawarcie umowy. Zgoda bierna skutkuje jednak powstaniem reżimu odpowiedzialności solidarnej inwestora i wykonawcy względem podwykonawcy, o ile dopełnione zostaną wymagania formalne przewidziane w art. 647¹ § 2 k.c. Skuteczność zgody inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o wykonanie zadań wchodzących w zakres umowy o roboty budowlane wymaga bowiem przedstawienia mu umowy z podwykonawcą lub jej projektu oraz odpowiedniej dokumentacji. W ocenie Sądu Najwyższego „przedstawienie” inwestorowi umowy z podwykonawcą lub jej projektu wymaga złożenia umowy (projektu). Wskazuje się w orzecznictwie, że wyrażenie zgody w sposób bierny objawia się brakiem zgłoszenia na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Działa tu fikcja prawna, że inwestor zgodę wyraził. Ponieważ w art. 647¹ k.c. przewidziano odpowiedzialność o charakterze gwarancyjnym inwestora za cudzy dług, jego interes jest zabezpieczony poprzez obowiązek przedstawienia mu stosownej dokumentacji. Przyjmując fikcję wyrażenia w sposób bierny zgody, ustawodawca zakłada, że inwestor zapoznał się, a w każdym razie mógł się zapoznać, z tą dokumentacją i powinien mieć wiedzę o zakresie robót i wynagrodzeniu uzgodnionym w umowie z podwykonawcą.

Sąd powołując stosowne orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazał, że zgoda czynna inwestora nie jest obwarowana szczególnymi wymaganiami. Wyrażenie zgody przez inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą automatycznie skutkuje powstaniem odpowiedzialności solidarnej inwestora i wykonawcy względem podwykonawcy w myśl zasady volenti non fit iniuria. W judykaturze powszechnie przyjmuje się, że skuteczność zgody wyrażonej w sposób czynny nie jest uzależniona od zachowania przez wykonawcę procedury określonej w art. 647¹ § 2 k.c. Potrzebna jest jedynie

informacja o konkretnej umowie z konkretnym wykonawcą, niemniej może ona pochodzić z dowolnego źródła i uzyskać ją może inwestor zarówno przed zawarciem, jak i po zawarciu umowy.

Sąd podkreślił, iż z art. 647¹ § 4 k.c. wynika, że umowy wykonawcy z podwykonawcą oraz podwykonawcy z dalszym podwykonawcą powinny być dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Rygor ten jednak dotyczy samych umów z podwykonawcami, nie zaś zgody inwestora, która nie podlega wymaganiom formalnym dotyczącym umowy, ponieważ zgoda na podstawie art. 647¹ k.c. stanowi unormowanie szczególne w stosunku do art. 63 § 2 k.c. i wyłącza regułę, zgodnie z którą jeżeli do ważności czynności prawnej wymagana jest forma szczególna, oświadczenie obejmujące zgodę osoby trzeciej powinno być złożone w tej samej formie. Oświadczenie o wyrażeniu zgody przez inwestora nie wchodzi więc w skład umowy wykonawcy z podwykonawcą czy podwykonawcy z dalszym podwykonawcą i nie podlega właściwym dla tej umowy wymaganiom formalnym.

W konsekwencji braku szczególnych wymagań formalnych wobec oświadczenia inwestora o wyrażeniu zgody na umowę z podwykonawcą lub z dalszym podwykonawcą, zgoda inwestora może być wyrażona w dowolnej formie – w tym także ustnie.

Sąd zaznaczył także, iż orzecznictwo dopuszcza również wyrażenie zgody czynnej w sposób dorozumiany. Zgoda inwestora na umowę między wykonawcą a podwykonawcą właśnie dlatego, że nie podlega rygorom art. 63 § 2 k.c., może być wyrażona w dowolny sposób należycie ją ujawniający (art. 60 k.c.). Jeżeli więc zasady wykładni oświadczeń woli pozwalają na stwierdzenie, że inwestor wyraził zgodę na konkretną umowę, z której wynika zakres jego odpowiedzialności solidarnej, to okoliczność ta będzie wystarczająca dla uznania skuteczności tej zgody. Zatem, ów drugi sposób wyrażenia zgody (czynny) może mieć różną formę. Inwestor może wyrażać ją w sposób wyraźny pisemnie bądź ustnie albo poprzez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę (art. 60 k.c.). Może więc nastąpić to poprzez czynności faktyczne, w sposób dorozumiany, np. przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót oraz dokonywanie podobnych czynności. Inne zachowania, które mogłyby uzasadniać istnienie czynnej dorozumianej zgody to np.: wydawanie poleceń podwykonawcy, uzgadnianie z nim szczegółów technicznych, dopuszczenie do czynności na budowie, udział podwykonawcy w naradach technicznych, wydanie identyfikatorów pracownikom podwykonawcy, umożliwienie podwykonawcy dokonywania zapisów w dzienniku budowy i reagowanie stosownie do ich treści, przeprowadzenie szkoleń BHP.

Konkludując Sąd stwierdził, że jeśli inwestor, poprzez swoje zachowanie wyrażone na zewnątrz, w szczególności wobec wykonawcy i podwykonawcy, akceptuje fakt realizacji wyodrębnionej części robót budowlanych objętych umową z wykonawcą, przez przedstawionego mu i jasno zidentyfikowanego podwykonawcę, to warunkiem powstania odpowiedzialności solidarnej inwestora i wykonawcy za wynagrodzenie należne podwykonawcy, o której mowa w art. 647¹ § 5 k.c., nie jest przedłożenie mu egzemplarza umowy podwykonawczej, jeśli nie ulega wątpliwości, że inwestor mógł realnie zażądać okazania mu tej umowy, mógł zapoznać się z jej treścią oraz wyrazić swój ewentualny sprzeciw wobec powierzenia określonej części robót temu właśnie podwykonawcy. Oznacza to, że przy tzw. zgodzie dorozumianej inwestor nie może uchylać się od zapłaty za wykonane prace, zasłaniając się brakiem egzemplarza umowy generalnego wykonawcy z podwykonawcą.

Następstwem zgody inwestora na zawarcie umowy między wykonawcą a podwykonawcą jest powstanie po jego stronie ustawowej, solidarnej odpowiedzialności za cudzy (tj. wykonawcy) dług. Istotą tej solidarności nie jest zobowiązanie inwestora do spełnienia świadczenia, a ponoszenie przez niego odpowiedzialności za spełnienie świadczenia przez wykonawcę. Inwestor nie jest współdłużnikiem w wykonaniu zobowiązania, stąd znaczące różnice sytuacji prawnej inwestora i wykonawcy, w szczególności ich obowiązki (powinne zachowania) nie muszą być identyczne, a stosunki wewnętrzne wynikające z umowy inwestor – wykonawca oraz postanowienia wykraczające poza świadczenie ciężące na wykonawcy z umowy wykonawca – podwykonawca pozbawione są znaczenia prawnego dla przedmiotu i zakresu odpowiedzialności inwestora. Zakres przedmiotowy odpowiedzialności inwestora ograniczony jest w art. 647 § 5 k.c. do wynagrodzenia należnego podwykonawcy od wykonawcy.

Zdaniem Sądu *in casu* nie ulega wątpliwości, że pozwany dokonał formalnego (a nie dorozumianego) zaakceptowania powoda jako podwykonawcy w zakresie zawartej przez powoda z Konsorcjum umowy o roboty budowlane, natomiast w zakresie prac dodatkowych akceptacja ta miała charakter dorozumiany poprzez zaakceptowanie wykonanych prac i częściową zapłatę.

Zgodnie z treścią umowy zawartej przez powoda z B. zobowiązany był do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% wynagrodzenia netto w formie gwarancji bankowej, polisy ubezpieczeniowej bądź potrąceń z faktur VAT. Tego rodzaju zabezpieczenie jest często stosowane w obrocie gospodarczym (głównie w umowach o roboty budowlane) jako instrument służący prawidłowemu zabezpieczeniu wykonania obowiązków umownych, biorąc swoją podstawę z zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.). Umowa kaucji nie została zdefiniowana ustawowo (z wyjątkiem art. 102 ustawy - Prawo bankowe), jednakże zostały przez doktrynę określone cechy, które pozwalają na zakwalifikowanie danego stosunku prawnego jako umowy kaucji. Jest to umowa kauzalna (prawną przyczyną przysporzenia jest zabezpieczenie wierzytelności), nosząca cechy depozytu nieprawidłowego i realna, w której kaucjodawca przekazuje określoną ilość pieniędzy, a kaucjobiorca może z nich korzystać i zobowiązuje się do ich zwrotu. Następuje przeniesienie własności przedmiotu kaucji, które jest połączone z władztwem, czyli konieczne jest przeniesienie posiadania rzeczy. Kaucja ma również charakter akcesoryjny, jest ściśle bowiem związana ze stosunkiem prawnym, który zabezpiecza. W ramach umowy o roboty budowlane kaucja gwarancyjna służy zazwyczaj prawidłowemu wykonaniu obowiązków wynikających z przepisów o rękojmi za wady wykonanych robót budowlanych lub obowiązków wynikających z udzielonej gwarancji za wykonane roboty. Umowa kaucji gwarancyjnej może przybrać postać odrębnej umowy albo dodatkowego zastrzeżenia zawartego w umowie o roboty budowlane.

W ocenie Sądu powód nie przedstawił ani gwarancji bankowej ani polisy ubezpieczeniowej, lecz w porozumieniu z B. dokonywane były zatrzymania z tytułu zabezpieczenia z każdej faktury (w wysokości 10% wartości netto), zaś B. wypłacał pozostałą część wynagrodzenia. Działania te pozostają w zgodzie z zapisami umowy (§ 16 pkt 1 i 3) przewidującymi możliwość zabezpieczenia w takiej formie oraz terminy i podstawy zwrotu kwot zatrzymanych. Zdaniem Sądu z powyższego wynika, że wykonawca nie wpłacał żadnej kwoty tytułem zabezpieczenia na rzecz zamawiającego, ale wyrażał zgodę na niewypłacenie części należnego wynagrodzenia przez określony czas oraz na pokrycie z tego wynagrodzenia wszelkich kosztów niewykonania bądź nieprawidłowego wykonania umowy (§ 16 pkt 2). Zatrzymane wynagrodzenie miało pełnić zatem funkcję zbliżoną do kaucji gwarancyjnej, czyli zabezpieczać roszczenia inwestora z tytułu nienależytego wykonania umowy. Tego rodzaju zabezpieczenie jest często stosowane w umowach o roboty budowlane, jednakże jego charakter prawny zawsze musi być oceniany poprzez pryzmat postanowień umownych - czy strony chciały nadać zabezpieczeniu charakter kaucji gwarancyjnej czy też jako zabezpieczenie miało służyć zatrzymane wynagrodzenie wykonawcy, który po pierwsze godził się na wypłacenie tej jego części w innym terminie, niż określony w umowie, a po drugie zgadzał się, by inwestor przeznaczył je na pokrycie wierzytelności z tytułu roszczeń z rękojmi. Fakt, że oba zabezpieczenia pełnią taką samą funkcję, nie oznacza, że jest tożsamy ich charakter prawny. Uprawnienia z rękojmi konkretyzują się w wierzytelności i roszczenia z dniem zajścia zdarzenia, od którego uzależniona jest realizacja uprawnienia, czyli z dniem ujawnienia się wady. Sąd podzielił przy tym stanowisko SN wyrażone w wyroku z 23 marca 2006 r., II CSK 35/06, że fakt istnienia uprawnień z rękojmi nie jest tożsamy z powstaniem długu, bowiem dla jego powstania konieczne jest wystąpienie zdarzenia powodującego ten dług. Nie można zatem uznać, że zabezpieczenie należytego wykonania robót poprzez zatrzymanie wynagrodzenia nosiło cechy umowy kaucji, wobec nieprzeniesienia własności środków pieniężnych przez wykonawcę na rzecz zamawiającego. Pojęcia "kaucja gwarancyjna" powszechnie używanego w kontraktach o roboty budowlane, w takich przypadkach nie można odnosić do elementów konstrukcyjnych umowy kaucji, ale można jedynie traktować je jako wyrażenie funkcjonujące w obrocie w sensie udzielenia zabezpieczenia należytego wykonania robót poprzez przyzwolenie zamawiającemu na niewypłacanie zamawiającemu w określonym czasie części wynagrodzenia. Powołując stosowane orzecznictwo Sąd zaznaczył, iż ustalenie charakteru prawnego udzielonego w ten sposób zabezpieczenia uzależnione jest od treści umowy i wymaga badania w świetle konkretnych postanowień umownych. Kwestia dopuszczalności żądania zwrotu zabezpieczenia zwanego kaucją, a polegającego na zatrzymaniu części wynagrodzenia, była przedmiotem rozpoznania przez Sąd Najwyższy.

Sąd podkreślił, iż reprezentatywny charakter, a dodatkowo zawierający podsumowanie dotychczasowego dorobku judykatury, ma w tym zakresie argumentacja prawna przedstawiona przez SN w wyroku z dnia 25 maja 2016 r., V CSK 481/15, Lex, wskazująca, że kluczowe znaczenie ma w tym aspekcie ustalenie, czy wykonawca dochodzi części wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, czy też zwrotu kaucji gwarancyjnej, która nie jest roszczeniem, za które odpowiada inwestor, zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. Sąd Najwyższy podkreślił, że koniecznym elementem umowy kaucji gwarancyjnej jest przeniesienie własności środków pieniężnych, do czego nie dochodzi, gdy funkcję zabezpieczenia pełni niewypłacone wynagrodzenie, które nie zostało potrącone na poczet kaucji gwarancyjnej. Sam zaś charakter prawny zabezpieczenia, nawet nazywanego kaucją gwarancyjną, zawsze musi być oceniany przez pryzmat postanowień umownych - czy strony chciały nadać zabezpieczeniu charakter kaucji gwarancyjnej, czy też, jako zabezpieczenie miało służyć zatrzymaniu wynagrodzenia wykonawcy, który po pierwsze, godził się na wypłacenie tej jego części w innym terminie, a po drugie, zgadzał się, by inwestor przeznaczył je na pokrycie wierzytelności z tytułu nienależytego wykonania robót budowlanych. W konsekwencji, rozstrzygnięcie czy ustanowiona w umowie o roboty budowlane "kaucja gwarancyjna" pochodząca z wynagrodzenia należnego podwykonawcy, nadal stanowi część wynagrodzenia, czy też jej status prawny jest odmienny, wymaga każdorazowego odniesienia in casu i wadliwa jest próba konstruowania na tym gruncie uniwersalnej zasady, skoro jest to kwestia każdorazowo uzależniona od woli stron i zastosowanych w umowie konstrukcji prawnych. Natomiast spełnianie przez oba zabezpieczenia takich samych funkcji, nie oznacza, iż tożsamy jest ich charakter prawny.

Przenosząc opisany stan prawny do realiów przedmiotowej sprawy Sąd Okręgowy stwierdził, że brak podstaw do nadania kwotom zatrzymanym przez B. i pozwanego, a stanowiącym 10% należnego powodce wynagrodzenia netto, charakteru kaucji gwarancyjnej. Wynika to wprost z treści § 16 umowy, zgodnie z którym zabezpieczenie należytego wykonania przez powoda polegać miało jedynie na czasowym zatrzymaniu przez generalnego wykonawcę 10% należnego jej wynagrodzenia, które następnie miało być wypłacone w ten sposób, że 70% zatrzymanej należności z każdej faktury zobowiązał się on wypłacić w terminie 30 dni od odbioru końcowego inwestycji, zaś pozostałe 30% (kwoty nie objęte pozwem) w terminie 3 dni po upływie okresu gwarancji. Powód nie wpłacał zatem żadnej kwoty tytułem zabezpieczenia na rzecz zamawiającego, a wyrażał jedynie zgodę na niewypłacenie części należnego mu wynagrodzenia przez określony czas. Zatrzymanie wynagrodzenia nie spełniało w konsekwencji wymogów konstrukcyjnych umowy kaucji gwarancyjnej, skoro nie doszło do przeniesienia własności środków pieniężnych przez powoda na rzecz generalnego wykonawcy. Co więcej, same strony, temu zastrzeżeniu umownemu takiego charakteru nie nadawały, skoro nawet nie posługiwały się w odniesieniu do niego pojęciem "kaucja gwarancyjna".

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż zarówno generalny wykonawca (B.) jak i pozwany dokonując płatności pomniejszali kwotę wypłaconego z danej faktury wynagrodzenia m.in. o 10% kwoty netto na poczet zabezpieczenia, to uznać należało, że po upływie okresu zatrzymania kwoty te są należne powodowi jako pozostała część wynagrodzenia (70% z zatrzymanych 10% wartości netto umowy). Wartość netto umowy z powodem wynosiła 1.538.000 zł, a zatem wartość 10% netto = 158.300 zł – co odpowiada wartości 10% netto z wystawionych przez powoda i niekwestionowanych ani przez B. ani przez pozwanego faktur. Z kolei zgodnie z treścią zawartej umowy, której treść była znana pozwanemu i przez niego zaakceptowana, z zatrzymanej w czasie budowy 10% wartości netto umowy, wypłacie na rzecz powoda podlegało, w terminie 30 dni od odbioru końcowego, 70% kwoty zatrzymanej a więc 70% ze 153.800 zł, co daje dochodzoną pozwem (i niewypłaconą powodowi ani przez B. ani przez pozwanego) kwotę 107.660 zł.

Odnosząc się z kolei do zarzutów pozwanego związanych ze składanymi przez wszystkich podwykonawców oświadczeniami, Sąd podkreślił, iż jak zeznali świadkowie zgłoszeni przez stronę pozwaną, w przypadku braku takich oświadczeń bądź oświadczeń o istnieniu jakichkolwiek – wymagalnych czy też niewymagalnych wierzytelności – pozwany nie dokonałby płatności na rzecz B.. Ponadto składanie powyższych oświadczeń w odniesieniu do kwot zatrzymanych, które mogły, lecz nie musiały podlegać zwrotowi po odbiorze końcowym (stanowiły bowiem zabezpieczenie należytego wykonania umowy i mogły zostać przeznaczone na pokrycie wad, o ile takie by wystąpiły). W tym kontekście, zdaniem Sądu, trudno oczekiwać od powoda, aby rozróżniał roszczenia wymagalne i niewymagalne z tytułu wynagrodzenia należnego do dnia odbioru końcowego oraz z tytułu wynagrodzenia zatrzymanego jako zabezpieczenie. W ocenie Sądu okoliczność składania przedmiotowych oświadczeń może zatem mieć znaczenie

jedynie w kontekście roszczeń obejmujących 90% wynagrodzenia, natomiast nie można ich traktować jako odnoszących się do zatrzymanych 10% wartości netto. Nie można zatem oczekiwać aby powód dokonywał świadomie prawnego rozróżnienia kwestii związanych z charakterem prawnym takiego rodzaju zabezpieczenia, tj. czy stanowi ono stricte kaucję gwarancyjną czy też pozostaje nadal elementem wynagrodzenia, czasowo wstrzymanym tytułem zabezpieczenia i w oparciu o przeprowadzoną wykładnię, składając te oświadczenia uznawał kwoty zatrzymane jako mające charakter kaucji gwarancyjnej.

Sąd Okręgowy uznał również za nieuzasadniony zarzut pozwanego dotyczący braku jego odpowiedzialności za roboty dodatkowe z uwagi na brak ich zaakceptowania, a co za tym idzie – również w zakresie kwoty zatrzymanej z tego tytułu. Pozwany posiadał wiedzę o zwiększonym zakresie prac i wynagrodzenia powoda, co wynikało chociażby z protokołów zaawansowania robót, niezależnie od tego czy zostały mu przedstawione poszczególne aneksy. Zakres prac był na bieżąco dostosowywany a zatem jak w przypadku praktycznie każdej budowy pojawiała się konieczność prac dodatkowych. Pozwany otrzymywał wszystkie faktury B. wraz oświadczeniami podwykonawców, a następnie po zawarciu z B. porozumienia o przejęciu płatności na rzecz podwykonawców przedstawiono pozwanemu wszystkie te rozliczenia wraz z protokołem zaawansowania. Pozwany powziął zatem informację o zwiększonym zakresie prac powoda i zaakceptował ją dokonując płatności z ostatnich dwóch faktur powoda. W tej sytuacji nie można uznać, iż w zakresie robót dodatkowych powoda pozwany zwolnił się z odpowiedzialności, skoro zaakceptował te prace (nie kwestionował zresztą ani ich wykonania, ani potrzeby ich wykonania ani kosztów) i dokonał za nie płatności.

Mając na względzie powyższe Sąd pierwszej instancji uznał, iż pozwany ponosi odpowiedzialność z tytułu braku zapłaty zatrzymanej części wynagrodzenia (wymienionej wprost w ostatniej dyspozycji przekazu B. z dnia 30 listopada 2015 r.) w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora i dlatego uwzględnił roszczenie powoda w całości, zasądzając od pozwanego na rzecz powoda kwotę 107.660 zł.

O odsetkach ustawowych Sąd pierwszej instancji orzekł na podstawie art. 455 i 481 k.c., uznając, że zobowiązanie inwestora wobec podwykonawcy do zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę co do zasady ma charakter bezterminowy, zaś o kosztach procesu - na podstawie art. 98 k.p.c.

Powyższy wyrok zaskarżyła w całości strona pozwana. Zarzuciła: rażące naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na treść rozstrzygnięcia, tj.: art. 217 §1 w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i oddalenie wniosku dowodowego z zeznań świadka K. J. na okoliczność wskazane w sprzeciwie do nakazu zapłaty i błędne przyjęcie, że świadek, który ma zakreśloną tezę dowodową tożsamą z innymi świadkami wskazanym przez pozwaną nic nie wniesie do sprawy, podczas, gdy świadek został powołany na potwierdzenie okoliczności wskazanym w pozwie gdyż w czasie gdy była realizowana inwestycja zawarta w dniu 12 lutego 2014r. pomiędzy pozwaną a Generalnym Wykonawcą był członkiem Zarządu odpowiedzialnym za nadzór na realizowaną inwestycją, w tym za rozliczenia z Generalnym Wykonawcą w związku z dokonywanymi odbiorami robót; art. 217 §2 w zw. z art. 227 i 245 k.p.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i oddalenie wniosków dowodowych z szczegółowo opisanych dokumentów załączonych do pisma pozwanego z dnia 25 czerwca 2018r. tj: faktury VAT nr (...), protokołu zaawansowania robót nr (...), polecenia księgowania nr dziennik 255, potwierdzenia transakcji z 23 marca 2015 r., załącznika nr 1 do FV, potwierdzenia wykonania przelewu krajowego; faktury VAT nr (...), protokołu zaawansowania robót nr (...), noty korygującej 1/08/2014, zał. nr 1 do FV, potwierdzenia wykonania przelewu krajowego, potwierdzenia wykonania przelewu krajowego, polecenie księgowania nr (...); faktury VAT nr (...), załącznik nr 1 do FV, protokół zaawansowania robót nr (...), potwierdzenie transakcji, potwierdzenie transakcji, polecenie księgowania, faktury VAT nr (...), protokół zaawansowania robót nr (...), zestawienie wartości wykonanych robót, zał. nr 1 do FV, potwierdzenie wykonania przelewu zagranicznego, potwierdzenie wykonania przelewu krajowego, potwierdzenie wykonania przelewu krajowego, polecenie księgowania nr 780, potwierdzenie dłużnika wierzytelności, oświadczenie w sprawie wyrażenie zgody na dokonanie cesji, decyzji nr (...). (...).2014, umowa identyfikator (...)/ZP- (...); faktury VAT nr (...), protokół zaawansowania robót nr (...), zestawienie wartości wykonanych robót, zał. nr 1 do FV, wnioski o pozwolenie na budowę, potwierdzenie wykonania przelewu krajowego, polecenie księgowania nr 408, potwierdzenie wykonania przelewu krajowego, faktury VAT nr (...), protokół odbiór robót nr (...), zestawienie wartości wykonanych robót, oświadczenie, zał. nr 1 do FV, potwierdzenie wykonania przelewu krajowego 3 szt.,

polecenie księgowania nr (...), oświadczenie, plan amortyzacji wybranych środków trwałych, faktury VAT nr (...), potwierdzenie wykonania przelewu krajowego - 2 szt., polecenie księgowania nr (...), zał. nr 1 do FV, protokół odbioru nr (...), zestawienie wartości wykonanych robót; faktury VAT nr (...), protokół odbioru nr (...), zestawienie wartości wykonanych robót, noty korygującej 3/08/2014, załącznika nr 1 do FV, potwierdzeń wykonania przelewu krajowego - szt. 2, polecenie księgowania nr 1460; faktury VAT nr (...), protokół zaawansowania robót nr (...), zestawienie wartości wykonanych robót, załącznik nr 1 do FV, potwierdzenie wykonania przelewu krajowego, potwierdzenia transakcji, polecenia księgowania nr 1938; faktury VAT nr (...), załącznik nr 1 do FV, protokół zaawansowania robót nr (...), zestawienie wartości wykonanych robót, potwierdzenie transakcji, polecenie księgowania nr 250, potwierdzenie wykonania przelewu krajowego; faktury VAT nr (...), protokół odbioru nr (...), zestawienie wartości wykonanych robót, potwierdzenie wykonania przelewu krajowego, polecenie księgowania nr 1460, faktura nr (...) do FV, nota korygująca 2/08/2014, polecenie księgowania nr (...), potwierdzenie wykonania przelewu krajowego; faktury VAT nr (...), protokół zaawansowania robót nr (...), zestawienie wartości wykonania robót, zał. nr 1 do FV, potwierdzenie wykonania przelewu krajowego - szt. 2, polecenie księgowania nr (...); faktury VAT nr (...), pismo z dnia 3.11.2015 r. zał. do FV nr 1, protokół końcowy- finansowy, zestawienie wartości wykonanych robót, protokół końcowego odbioru przedmiotu umowy, pismo z dnia 3.11.2015 r., załącznik nr 2 do protokołu z 13 listopada 2015 r., załącznik nr 3 do protokołu z dnia 13.11.2015 r., faktury VAT nr (...), protokół odbioru nr (...), zestawienie wartości wykonanych robót, przedmiary, wstępny protokół odbioru, zał. nr do FV, potwierdzenia wykonania przelewu krajowego - szt. 2, polecenia księgowania nr (...); faktury VAT nr (...), protokół odbioru nr (...), zestawienia wartości wykonanych robót, zał. nr 1 do FV, potwierdzenie wykonania przelewu krajowego - szt. 2, polecenie księgowania nr (...); faktury VAT nr (...), protokół odbioru nr (...), zestawienie wysokości wykonanych robót, polecenie księgowania numer dziennika (...), potwierdzenie wykonania przelewu krajowego, potwierdzenie transakcji, załącznik nr 1 do FV; - faktury VAT nr (...), załącznik nr 1 do FV, protokół zaawansowania robót nr (...), zestawienie wartości wykonanych robót, polecenie księgowania nr (...), potwierdzenie transakcji szt.2; - faktury VAT nr (...), załącznik nr 1 do FV, protokół zaawansowania robót nr (...), zestawienie wartości wykonanych robót, polecenie księgowania nr (...), potwierdzenie transakcji - szt. 4; protokołu końcowego odbioru przedmiotu umowy, pismo z dnia 3.11.2015 r., załącznik nr 2 do protokołu z 13 listopada 2015 r., zał. nr 3 do protokołu z dnia 13.11.2015r. protokół końcowy- finansowy, zestawienie wartości wykonanych robót, -zestawienie faktur stanowiących podstawę zapłaty Generalnemu Wykonawcy wynagrodzenia,- lista rozrachunków na kontach na okoliczności związane z realizacją inwestycji przez Generalnego Wykonawcę, rozliczeń pozwanego z Generalnym Wykonawcą oraz pomniejszenia wynagrodzenia Generalnemu Wykonawcy wynikającego z Umowy z 12 lutego 2014r. z uwagi na niewykonanie powyższej Umowy przez Wykonawcę, co spowodowało błędne ustalenie faktyczne dokonane przez Sąd w zaskarżonym Wyroku, polegające na wskazaniu, że z uwagi na występowanie wad nastąpiła zmiana wynagrodzenia w zamian za zwolnienie Generalnego Wykonawcy z obowiązku usunięcia wad, podczas gdy takie zwolnienie nigdy nie miało miejsca. Ponadto zarzuciła naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez: przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie, dokonanej wybiórczo, wbrew zasadom logiki i doświadczenia życiowego oraz nierozpoznanie sprawy poprzez wszechstronne rozważnie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, polegającego na pominięciu przez Sąd I instancji zeznań świadków tj. B. W., M. B., S. P. i J. Ł. w zakresie twierdzeń, że dokonywane na rzecz powoda wypłaty nie były pomniejszane o kaucję z tytułu zabezpieczenia, co ostatecznie doprowadziło Sąd, wbrew dowodom wynikającym z oświadczeń składanych przez wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego tj. powoda, pozwaną i Generalnego Wykonawcę do błędnego ustalenia, że kaucja gwarancyjna jest elementem wynagrodzenia powoda, a także braku wskazania w uzasadnieniu Sądu I instancji przyczyn dla których tym dowodom Sąd odmówił wiarygodności - dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, a także sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, wyprowadzenie faktu, że powód składając oświadczenia stronie pozwanej przez cały okres procesu inwestycyjnego, aż do dnia ostatecznego odbioru w dniu 13 listopada 2015r. nie rozróżniał roszczeń wymagalnych i nie wymagalnych z tytułu wynagrodzenia zatrzymanego jako zabezpieczenie, a po zakończeniu inwestycji i w ostatnim etapie rozliczenia z Generalnym Wykonawcom ocenił jako element wynagrodzenia, bez znaczenia dla Sądu I instancji było wprowadzanie pozwanej w błąd w składanych przez powoda oświadczeniach warunkujących wypłatę wynagrodzenia Generalnemu Wykonawcy, art. 233 §1 w zw. z art. 230 k.p.c. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, przejawiającą się w nierozpoznanie sprawy

poprzez wszechstronne rozważenie materiału dowodowego i błędne przyjęcie, że okolicznością niesporną jest nie złożenie zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej ani polisy ubezpieczeniowej, lecz zatrzymanie 10% wartości wynagrodzenia netto z każdej faktury podczas, gdy już w sprzeczności do nakazu zapłaty z dnia 16 marca 2017r. pozwana wskazała, że wyraziła zgodę na przedstawianą jej umowę powoda z Generalnym Wykonawcą z uwagi na treść §16 ust. 1 Umowy, który stanowi, że najpóźniej w dniu podpisania umowy powód wniesie zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% wynagrodzenia netto, co skutkuje brakiem rozliczeń polegających na potrącaniu należności stanowiących zabezpieczenie należytego wykonania z faktur wystawianych po podpisaniu Umowy, dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, przejawiającą się w nierozpoznanie sprawy poprzez wszechstronne rozważenie materiału dowodowego i błędne przyjęcie, że okolicznością niesporną jest rozliczenie pomiędzy powodem a Generalnym Wykonawcą przedstawione w dyspozycji zapłaty z dnia 30 listopada (...), podczas, gdy pozwana nie uczestniczyła w żadnych odbiorach robót pomiędzy powodem i Generalnym Wykonawcą, z żadnego dokumenty przedstawionego pozwanej podczas realizacji inwestycji nie wynika informacja o jakichkolwiek robotach dodatkowych ani o zawartych aneksach. Rozliczenia przedstawione przez Generalnego Wykonawcę dotyczą okresu po zakończeniu i odbiorze inwestycji w dniu 13 listopada 2015r. Pozwana w każdym piśmie procesowym złożonym w niniejszej sprawie kwestionuje zarówno zrealizowanie przez powoda robót dodatkowych, jak i rozliczenia z tym związane.

Ponadto zarzuciła naruszenie prawa materialnego, w szczególności: art. 647¹ k.c. poprzez jego niezastosowanie polegające na przeprowadzeniu błędnej, sprzecznej z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ocenie materiału dowodowego i przyjęcie, że pozwana uzyskując informację po odbiorze końcowym inwestycji w dniu 13 listopada 2015r. o robotach dodatkowych akceptowała zakres robót dodatkowych i treść aneksów zwiększających wynagrodzenie powoda, ponadto należy wskazać, że stroną umowy z powodem jest wyłącznie jeden z konsorcjantów jako zamawiający tj. (...) sp. z o.o., nie zaś Generalny Wykonawca - Konsorcjum (...) sp. z o.o. oraz (...) a.s., wobec tego pozwana nie może odpowiadać za zobowiązania nie będące zobowiązaniami Generalnego Wykonawcy; art. 353¹ k.c. poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że składając oświadczenie pozwanej o braku wymagalnych i niewymagalnych wierzytelności związanych z wynagrodzeniem za roboty budowlane podwykonawca może nie wiedzieć, czy należności zatrzymane przez Generalnego Wykonawcę stanowią element wynagrodzenia czy kaucję gwarancyjną, a po wykonaniu inwestycji powód jako podwykonawca może skonkretyzować ocenę powyższych należności jako element wynagrodzenia, ponadto nieuwzględnienie, że powód, składając oświadczenie o braku jakichkolwiek wierzytelności związanych z wynagrodzeniem z tytułu wykonanych robót, tym samym ułożył stosunek prawny z pozwaną oparty o ustalenie, że kwota stanowiąca zabezpieczenie należytego wykonania umowy z 23 stycznia 2015 r. jest kaucją gwarancyjną; art. 143b ust. 5 i 8 w zw. z art. 2 pkt 9b ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm. – dalej jako: „p.z.p.”) w brzmieniu obowiązującym w dniu ogłoszenia przetargu poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że pomimo niezgłoszenia w terminie 7 dni (nie zgłoszenia w żadnym terminie) aneksów do umowy podwykonawczej zwiększających wartość tej umowy oraz pomimo wprowadzania pozwanej w błąd przez powoda oświadczeniami o braku jakichkolwiek wierzytelności związanych z wynagrodzeniem z tytułu realizowanych robót, pozwany będący zamawiającym ponosi solidarną odpowiedzialność z tytułu wypłaty kwot należności zabezpieczonych tytułem należytego wykonania umowy podwykonawczej zmienionej aneksami; art. 143 d ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p., poprzez nie uwzględnienie szczególnej regulacji p.z.p., która stanowi, że w sprawach zamówień publicznych stosuje się kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, co wykorzystał pozwany precyzując w umowie z 12 lutego 2014 r. postanowienia, które obligatoryjnie strony umowy podwykonawczej powinny wprowadzić do umowy podwykonawczej tj. § 10 ust 8 - ograniczenie odpowiedzialności pozwanej do wynagrodzenia przypadającego na dany zakres robót oraz ust 5 - uzależnienie płatności za faktury Generalnego Wykonawcy od przedstawienia oświadczenia podwykonawcy o braku zaległości w płatnościach, art. 921¹ k.c. poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że wykonanie dyspozycji zapłaty wystawionej przez Generalnego Wykonawcę zgodnie z Porozumieniem do umowy z 12 lutego 2014 r. stanowi akceptację treści aneksów do umowy podwykonawczej oraz zakresu robót dodatkowych wskazywanych jako zrealizowane przez powoda oraz stanowi zapłatę wynagrodzenia powoda w części stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy podwykonawczej z uwagi na wskazanie rozliczeń pomiędzy powodem a Generalnym Wykonawcą w treści dyspozycji zapłaty.

Dodatkowo apelująca podniosła zarzut przedawnienia roszczenia, wynikający z art. 921¹ § 3 k.c. wskazując, że Sąd pierwszej instancji uzasadniając w zaskarżonym wyroku obowiązek zwrotu kwoty 107.660 zł powołał jako podstawę orzeczenia kwotę wymienioną wprost w ostatniej dyspozycji przekazu z dnia 30 listopada 2015 r.

W konsekwencji pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości, zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i zasądzenia od powoda na rzecz pozwanej kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie na jego rzecz od pozwanego zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

W replice na odpowiedź na apelację strona pozwana podtrzymał dotychczas zajmowane stanowisko.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie okazała się uzasadniona.

W pierwszej kolejności odniesienia się wymagają zarzuty obrazy prawa procesowego. Dopiero bowiem na gruncie prawidłowych ustaleń faktycznych, stanowiących efekt poprawnie prowadzonego procesu gromadzenia i oceny materiału dowodowego, możliwa jest właściwa analiza zasadności roszczenia z punktu widzenia adekwatnych norm prawa materialnego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 217 § 1 w zw. z art. 227 k.p.c., podstaw którego to zarzutu apelujący upatruje w oddaleniu wniosku dowodowego z zeznań świadka K. J., zarzut ten należało uznać za niezasadny. Zeznania wszystkich zeznających w sprawie osób miały charakter drugorzędny w stosunku do analizy dokumentów. To one bowiem charakteryzowały stan wzajemnych rozliczeń i kluczowe dla oceny zasadności roszczenia fakty. Przed wszystkim jednak postanowienie o pominięciu wniosku dowodowego o przesłuchanie świadka zostało wydane na rozprawie 13 lutego 2018 r. i nie spotkało się z reakcją w postaci zwrócenia uwagi sądu na uchybienie przepisom postępowania z wnioskiem o wpisanie zastrzeżenia do protokołu, stąd zarzut z tym związany, zgodnie z art. 162 k.p.c. uległ prekluzji. Zgodnie z treścią powyższego przepisu, strony mogą w toku posiedzenia, a jeżeli nie były obecne, na najbliższym posiedzeniu zwrócić uwagę sądu na uchybienia przepisom postępowania, wnosząc o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Stronie, która zastrzeżenia nie zgłosiła, nie przysługuje prawo powoływania się na takie uchybienia w dalszym toku postępowania, chyba że chodzi o przepisy postępowania, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu, albo że strona uprawdopodobni, iż nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy.

Nie okazał się również uzasadniony zarzut naruszenia art. 217 § 2 w zw. z art. 227 i 245 k.p.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i oddalenie wniosków dowodowych z szczegółowo opisanych dokumentów załączonych do pisma procesowego pozwanego z 25 czerwca 2018 r. tj. faktur VAT, protokołów zaawansowania robót, poleceń księgowania i potwierdzeń transakcji. Były to dowody oferowane na okoliczność, że pozwany zapłacił generalnemu wykonawcy całą uzgodnioną sumę wynagrodzenia pomniejszoną kwotą 353.500 zł, związaną z ograniczeniem zakresu robót z uwagi na elementy nie wykonane – (uzasadnienie pisma procesowego - k. 385 o.). Okoliczność ta jednak nie była przedmiotem sporu między stronami, stąd w świetle art. 227 k.p.c. nie było podstaw do dopuszczenia dowodu z tych dokumentów.

Wbrew apelującemu Sąd pierwszej instancji dokonał prawidłowej, tj. zgodnej ze standardami wynikającymi z art. 233 § 1 k.p.c. oceny zgromadzonego materiału dowodowego i właściwie wyłożył przytoczone w uzasadnieniu normy prawa materialnego. Dalsze rozważania należy poprzedzić przypomnieniem, że istotą niniejszej sprawy były dwie kwestie: natura prawna owych 70% z 10% zatrzymanego a należnego powodowi wynagrodzenia za wykonanie robót objętych aneksem Nr (...) do umowy z 23 stycznia 2015 r. oraz zagadnienie, czy pozwany, jako inwestor, wyraził zgodę na zawarcie tej umowy, skutkującą jego odpowiedzialnością z art. 647¹ § 5 k.c.

Odnosząc się do pierwszego z zarysowanych wyżej zagadnień i nie powielając niezwykle wnikliwych rozważań Sądu pierwszej instancji należy uznać, że Sąd ten dokonał prawidłowej wykładni łączącej strony umowy, odwołując się do dyrektyw zawartych w art. 65 k.c. Zgodnie z treścią § 1 powołanego przepisu oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Stosownie z kolei do § 2 tegoż przepisu w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Jak przyjmuje się w piśmiennictwie, kryteria interpretacji oświadczeń woli pozostają w zgodzie z koncepcjami obiektywizującymi, które akcentują taki sposób rozumienia treści oświadczeń woli, jaki może być odtworzony na podstawie zewnętrznych, weryfikowalnych reguł znaczeniowych, związanych z kontekstem, niezależnie od subiektywnego rozumienia przez składającego oświadczenie (tak M. Safjan w: Kodeks Cywilny, Tom I, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2005, s. 293). Dokonywana ex post rekonstrukcja zgodnego zamiaru towarzyszącego stronom przy zawieraniu umowy, a któremu to zamiarowi nie dały one jednoznacznego wyrazu w treści kontraktu, jest przy tym rzeczą ustaleń faktycznych, dokonywanych na podstawie całokształtu materiału dowodowego i w wyniku jego oceny, której wzorce wskazane zostały w art. 233 § 1 k.p.c.

Przenosząc powyższe, ogólne rozważania na grunt niniejszej sprawy należy przypomnieć, że zgodnie z treścią § 16 ust. 1 umowy, powód zobowiązany był do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% wynagrodzenia netto (tj. 135.000 zł) w formie gwarancji bankowej, polisy ubezpieczeniowej bądź potrąceń z faktur VAT. Zabezpieczenie to zgodnie z umową miało podlegać zwrotowi na rzecz wykonawcy w wysokości 70% kwoty zabezpieczenia w terminie 30 dni od daty odbioru końcowego inwestycji, zaś pozostałe 30% zabezpieczenia w terminie 30 dni po upływie okresu gwarancji, udzielonej na 60 miesięcy (§ 16 ust. 3). Prawidłowo zatem uznał Sąd pierwszej instancji, że brak podstaw do nadania kwotom zatrzymanym przez B. i pozwanego, a stanowiącym 10% należnego powódce wynagrodzenia netto, charakteru kaucji gwarancyjnej. Zabezpieczenie należytego wykonania przez powoda polegać miało jedynie na czasowym zatrzymaniu przez generalnego wykonawcę 10% należnego jej wynagrodzenia, które następnie miało być wypłacone w proporcjach i terminach określonych w umowie. Powód nie wpłacał zatem żadnej kwoty tytułem zabezpieczenia na rzecz zamawiającego, a wyrażał jedynie zgodę na czasowe niewypłacenie części należnego mu wynagrodzenia przez określony czas. Zatrzymanie wynagrodzenia nie spełniało w konsekwencji wymogów konstrukcyjnych umowy kaucji gwarancyjnej, skoro nie doszło do przeniesienia własności środków pieniężnych przez powoda na rzecz generalnego wykonawcy.

Skoro wyżej opisane środki stanowiły immanentną część wynagrodzenia wykonawcy, powstaje zagadnienie odpowiedzialności pozwanego, jako inwestora, którego podstawę normatywną stanowi art. 647¹ § 5 k.c. Co do tej kwestii również zarzuty pozwanego nie okazały się uzasadnione.

Sąd Okręgowy miał bowiem podstawy do uznania, że wprowadzie Aneks Nr (...) do umowy z 23 stycznia 2015 r. nie został pozwanemu przedstawiony do akceptacji, ale w sposób dorozumiany zaakceptował on fakt wykonania robót dodatkowych, objętych tym aneksem. Pozwany posiadał wiedzę o zwiększonym zakresie prac i wynagrodzenia powoda, a przynajmniej powinien był tę wiedzę posiadać po prawidłowej analizie protokołów zaawansowania robót i przy prawidłowo wykonywanym nadzorze inwestorskim, niezależnie od tego czy poszczególne aneksy do umów były mu przedstawiane. Pozwany otrzymywał wszystkie faktury B. wraz oświadczeniami podwykonawców, w tym również fakturę VAT Nr (...) z 31 sierpnia 2015 r., zawierająca adnotację o zgodności z protokołem odbioru częściowego Nr 6 (obejmującego prace dodatkowe) – (k. 103, 110), a następnie po zawarciu z B. porozumienia o przejęciu płatności na rzecz podwykonawców przedstawiono pozwanemu wszystkie te rozliczenia wraz z protokołem zaawansowania. Pozwany powziął zatem informację o zwiększonym zakresie prac powoda i zaakceptował ją dokonując płatności z ostatnich dwóch faktur powoda, w tym faktury wyżej opisanej. Taki wniosek wynika m. in. z pisma skierowanego do powoda z 14 grudnia 2015 r. przez prezesa zarządu pozwanej B. W. – (k. 134). Również z zeznań świadka B. W. wynika, że pozwany miał wiedzę o aneksach do umów z podwykonawcami i robotach dodatkowych a także zwiększaniu zakresu prac – (zeznania świadka z 13 lutego 2018 r., czas nagrania: 00:23:23 i 00:26:19 – k. 273).

Wbrew apelującemu prawidłowo zakwalifikował Sąd pierwszej instancji oświadczenia składane przez powoda, wymagane treścią § 10 ust. 5 umowy z 12 lutego 2014 r. w zw. z art. 143 a ust. 1 pkt 1 p.z.p. z których wynikało,

że wykonawca nie ma względem podwykonawcy żadnych zaległości w płatnościach. Wybierając w § 16 ust. 3 umowy sposób zabezpieczenia roszczeń generalnego wykonawcy, niezależnie od złożonego prawnie charakteru tego zabezpieczenia, przyjmując, że zgodnie z umową, ta część wynagrodzenia zostanie mu zwrócona w terminie późniejszym, powód miał podstawy do uznania, że roszczenie z tytułu części zatrzymanego wynagrodzenia nie jest w momencie składania oświadczenia wymagalne.

W konsekwencji nie naruszył Sąd pierwszej instancji również art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z § 10 ust. 5 umowy z 12 lutego 2014 r.

Konsekwencją przyjęcia odpowiedzialności pozwanego za wynagrodzenie z tytułu robót dodatkowych jest uznanie, że nie doszło również do naruszenia art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z § 10 ust 8 umowy z 12 lutego 2014 r., zawierającym ograniczenie odpowiedzialności pozwanej do wynagrodzenia przypadającego na dany zakres robót. Zakres robót uległ wprawdzie zwiększeniu, spotkało się to jednak ostatecznie z akceptacją strony pozwanej.

Nie okazał się również uzasadniony zarzut przedawnienia roszczenia, którego podstaw apelująca upatruje w art. 921² § 3 k.c. Podstawę odpowiedzialności strony pozwanej za wierzytelność dochodzoną pozwem stanowi art. 647¹ § 5 k.c., nie zaś umowa przekazu (art. 921¹ k.c.). Wywód apelującej stanowi oczywistą nadinterpretację rozumowania Sądu pierwszej instancji, który również umowy przekazu się w tej sprawie nie dopatrył.

Mając powyższe względy na uwadze, jak również treść art. 385 k.p.c., należało orzec jak w sentencji.

O zwrocie kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym orzeczono na podstawie art. 98 § 1 k.p.c., przyjmując za podstawę rozstrzygnięcia zasadę odpowiedzialności za wynik sprawy. Koszty te stanowi wynagrodzenie pełnomocnika procesowego, obliczone stosownie do stawek wynikających z § 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia MS z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. poz. 1804 ze zm.).