

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 25 listopada 2015r.**

**Sąd Apelacyjny w Poznaniu, I Wydział Cywilny** w składzie:

Przewodniczący:	<b>SSA Bogdan Wysocki ( spr .)</b>
Sędziowie:	<b>SSA Jan Futro</b> <b>SSA Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga</b>
Protokolant:	<b>st. sekr. sąd. Sylwia Stefańska</b>

po rozpoznaniu w dniu 12 listopada 2015r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki jawnej z siedzibą w L.

przeciwko **1. Przedsiębiorstwo Budowlane (...) sp. z o.o. z siedzibą w L.**

**2. J. G. (1)**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanych

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 30 grudnia 2013r., sygn. akt IX GC 242/11

**I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1 w ten sposób, że:**

a) **powództwo przeciwko pozwanemu J. G. (1) w całości oddala;**

b) **zasądza od pozwanego Przedsiębiorstwo Budowlane (...) sp. z o.o. z siedzibą w L. na rzecz powoda 949.626,75 zł (dziewięćset czterdzieści dziewięć tysięcy sześćset dwadzieścia sześć złotych siedemdziesiąt pięć groszy), w tym kwotę 331.470,97 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 listopada 2010r. do dnia zapłaty a kwotę 618.155,78 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13 lutego 2011r. do dnia zapłaty, a w pozostałej części powództwo przeciwko temu pozwanemu oddala;**

**I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 2 w ten sposób, że:**

a) **zasądza od powoda na rzecz pozwanego J. G. (1) kwotę 7.217 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego;**

b) **koszty procesu między powodem a pozwanym Przedsiębiorstwo Budowlane (...) sp. z o.o. z siedzibą w L. rozdziela między tymi stronami stosunkowo, obciążając nimi w 10% powoda a w 90% pozwanego, przy czym szczegółowe ich rozliczenie pozostawia referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym;**

c) **nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Poznaniu) z tytułu nieuiszczonych dotychczas kosztów sądowych:**

**- od powoda z zasądzonych na jego rzecz roszczenia kwotę 4.756,20 zł**

**- od pozwanego Przedsiębiorstwo Budowlane (...) sp. z o.o. z siedzibą w L.**

**kwotę 42.805,80 zł;**

**I. zasądza od powoda na rzecz pozwanego J. G. (1) kwotę 28.981 zł (dwadzieścia osiem tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt jeden złotych) tytułem kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym;**

**II. koszty postępowania apelacyjnego między powodem a pozwanym Przedsiębiorstwo Budowlane (...) sp. z o.o. z siedzibą w L. rozdziela między tymi stronami stosunkowo, obciążając nimi w 10% powoda a w 90% pozwanego i z tego tytułu zasądza od tego pozwanego na rzecz powoda kwotę 4.169,12 zł (cztery tysiące sto sześćdziesiąt dziewięć złotych dwanaście groszy).**

Jan Futro Bogdan Wysocki Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 7 kwietnia 2011 r. **powód (...) spółka jawna z siedzibą w L.** wniósł o zasądzenie solidarnie od **pozwanym: Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) sp. z o.o. z siedzibą w L. – pozwany ad. 1 oraz J. G. (1) – pozwany ad. 2**, kwoty 1.051.222,93 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 331.470,97 zł od dnia 30 listopada 2010 r. do dnia zapłaty oraz od kwoty 719.751,96 zł od dnia 30 listopada 2011 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany ad. 1 wniósł o oddalenie powództwa w całości i o zasądzenie od powoda kosztów postępowania według norm przepisanych.

Pozwany ad. 2 wniósł o oddalenie powództwa w całości i o zasądzenie od powoda kosztów postępowania według norm przepisanych.

**Wyrokiem z dnia 30 grudnia 2013 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu zasądził od pozwanym solidarnie na rzecz powoda kwotę 1.051.222,93 zł wraz z ustawowymi odsetkami z tym, że od kwoty 331.470,97 zł od dnia 30.11.2010 r. do dnia zapłaty, a od kwoty 719.751,96 zł od dnia 13.02.2011 r. do dnia zapłaty (pkt 1), obciążył pozwanym kosztami procesu (pkt 2).**

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia i wnioski.

W dniu 11 czerwca 2010 r. pozwany ad. 1 zawarł z pozwanym ad. 2 umowę nr (...), w której w zakresie dotyczącym podwykonawcy strony ustaliły, że do zawarcia przez pozwanego ad. 1 umowy z podwykonawcą wymagana jest pisemna zgoda pozwanego ad. 2.

W dniu 9 czerwca 2010 r. powód zawarł jako podwykonawca z pozwanym ad. 1 jako zamawiającym (głównym wykonawcą), umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie szeregu prac budowlanych, w tym między innymi wykonanie instalacji kanalizacji sanitarnej, wewnętrznej instalacji kanalizacji deszczowej, wewnętrznej instalacji

wody zimnej i ciepłej, wewnętrznej instalacji centralnego ogrzewania, instalacji wentylacji, instalacji gazowej i innych na terenie budowy stacji paliw (...) w L. przy ul. (...), prowadzonej przez pozwanego ad. 2.

Strony ustaliły termin rozpoczęcia robót na 9 lipca 2010 r., a ich zakończenia na 14 października 2010 r. Wynagrodzenie powoda ustalono na kwotę 795.000 zł.

Zgodnie z § 8 umowy powód zobowiązany był do zapłaty na rzecz pozwanego kary umownej za zwłokę w wykonaniu poszczególnych etapów zgodnie z załączonym harmonogramem w wysokości 0,85 % wynagrodzenia, za każdy dzień zwłoki oraz za zwłokę w wykonaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru w wysokości 0,85 % wynagrodzenia umownego, za każdy dzień zwłoki.

Z kolei w dniu 9 września 2010 r. powód zawarł jako podwykonawca z pozwanym ad. 1 jako zamawiającym (głównym wykonawcą) umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie szeregu prac budowlanych, w tym między innymi wykonanie instalacji sanitarnych budynku restauracji fast food, obejmujących sieci zewnętrzne (kanalizacja + wodociągi), instalacje odwodnienia dachu, instalację wodno – kanalizacyjną, technologię kotłowni, instalację ciepła techn. i klimatyzacji, instalację C.O., odprowadzenie spalin i wentylacji kotłowni, instalację hydrantową, instalację wentylacji, instalację wewnętrzną gazu, na terenie budowy obiektu – stacji paliw wraz z budynkiem handlowo – usługowym z serwisem w L. przy ul. (...), prowadzonej przez pozwanego ad. 2.

Strony ustaliły termin rozpoczęcia robót na 9 lipca 2010 r., a ich zakończenia na 16 listopada 2010 r. Wynagrodzenie powoda ustalono na kwotę 670.000 zł.

Zgodnie z § 8 umowy powód zobowiązany był do zapłaty na rzecz pozwanego kary umownej za zwłokę w wykonaniu poszczególnych etapów zgodnie z załączonym harmonogramem w wysokości 0,85 % wynagrodzenia, za każdy dzień zwłoki oraz za zwłokę w wykonaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru w wysokości 0,85 % wynagrodzenia umownego, za każdy dzień zwłoki.

W dniu 16 września 2010 r. powód złożył pozwanemu ad. 1 ofertę dotyczącą wykonania systemu (...) w części: salon motocyklowy w kwocie 67.000 zł.

Pismem z dnia 30 września 2010 r. pozwany ad. 1 zlecił powodowi wykonanie systemu (...) w części: salon motocyklowy w kwocie 67.000 zł

Już po podpisaniu umowy okazało się, że budynek restauracji zostanie nieco obrócony i nie będzie potrzeby wykonania prac polegających na przełożeniu i przebudowie istniejących sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej. W związku z powyższym z zakresu robót wyłączono prace w zakresie usunięcia istniejących sieci i wykonanie 35 mb kanalizacji sanitarnej wraz z trzema studniami oraz 43,5 mb sieci wodociągowej. Strony nie ustaliły jednak zgodnie kwoty, o jaką miałyby ulec zmniejszeniu wynagrodzenie powoda.

Pismem z dnia 30 września 2010 r. skierowanym do pozwanego ad. 1, w związku z przedłużającym się brakiem możliwości kontynuacji robót wynikających z umowy nr (...) z dnia 9 czerwca 2010 r., powód wskazał, że zachodzi konieczność zawarcia pomiędzy stronami stosownego aneksu do umowy, w celu ustalenia nowego terminu zakończenia robót, stanowiących przedmiot umowy. W związku z powyższym wraz z pismem powód przesłał pozwanemu ad. 1 projekt aneksu do umowy.

Pismem dnia 30 września 2010 r. skierowanym do pozwanego ad. 1 powód wskazał, że ze względu na stan zaawansowania prac niewchodzących w zakres zleconych mu robót oraz nie przekazania placu budowy, nie ma możliwości rozpoczęcia prac dotyczących wykonania instalacji sanitarnych w budynku restauracji fast food wynikającej z umowy nr (...). W związku z tym wyjaśnił, że zachodzi przesłanka zmiany terminu rozpoczęcia i zakończenia robót, stanowiących przedmiot umowy. Z tej też przyczyny powód wniósł o wyznaczenie terminu spotkania, w celu rozwiązania zaistniałego problemu i zawarcia aneksu do umowy.

W związku z wykonanymi pracami powód wystawił na rzecz pozwanego ad. 1 faktury VAT nr: (...) z dnia 29 października 2010 r. na kwotę 366.078,97 zł; (...) z dnia 29 października 2010 r. na kwotę 65.392 zł; (...) z dnia 22 grudnia 2010 r. na kwotę 484.083,80 zł; (...) z dnia 22 grudnia 2010 r. na kwotę 205.534,16 zł, która została skorygowana o kwotę 29.280 zł fakturą korygującą VAT nr (...) z dnia 28 grudnia 2010 r.; (...) z dnia 22 grudnia 2010 r. na kwotę 8.174 zł; (...) z dnia 28 grudnia 2010 r. na kwotę 51.240 zł.

Wystawienie faktur poprzedzone zostało sporządzeniem protokołów zaawansowania robót, z których część miała charakter dwustronny, a część została podpisana jedynie przez przedstawiciela powoda.

Pismem z dnia 28 października 2010 r. B. G. wskazał, że w wyniku wizji lokalnej dokonanej z kierownikiem budowy, stwierdził, iż nie ma możliwości wykonania urządzeń sanitarnych i grzewczych z uwagi na brak frontu robót w pomieszczeniach stacji paliw.

Pismem z dnia 25 listopada 2010 r. powód zwrócił się do pozwanego ad. 1 z informacją, że nie jest w stanie uruchomić kotłowni gazowych dla stacji paliw i salonu monocyklowego w L. z powodu braku instalacji elektrycznej i trwających robót budowlanych.

W piśmie z dnia 22 grudnia 2010 r. powód z uwagi na fakt, że strony nie doszły do porozumienia, a także okoliczność, że w dalszym ciągu nie może uruchomić instalacji klimatyzacji, wentylacji, wody lodowej i ciepła technologicznego, ze względu na brak docelowego zasilania w energię elektryczną budynku restauracji oraz salonu sprzedaży i salonu motoryzacyjnego, na podstawie art. 491 k.c. złożył oświadczenie o odstąpieniu z winy pozwanego ad. 1 od umowy nr (...) z dnia 9 czerwca 2010 r. i od umowy nr (...) z dnia 9 września 2010 r. ze skutkiem natychmiastowym.

W dniu 23 grudnia 2010 r. został przez strony sporządzony i podpisany protokół odbioru.

W dniu 27 grudnia 2010 r. pozwany ad. 1 wystawił na rzecz powoda notę obciążeniową nr (...) na kwotę 500.055 zł, z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu prac objętych umową (zwłoka 71 dni od 15 października 2010 r. do 27 grudnia 2010 r.).

W dniu 27 grudnia 2010 r. pozwany ad. 1 wystawił na rzecz powoda notę obciążeniową nr (...) na kwotę 233.495 zł, z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu prac objętych umową (zwłoka 41 dni od 17 listopada 2010 r. do 27 grudnia 2010 r.).

W piśmie z dnia 28 grudnia 2010 r. pozwany ad. 1 złożył oświadczenie o potrąceniu ww. kar umownych z wierzytelnościami powoda określonymi w fakturach VAT nr (...).

Pozwany ad. 1 na spornej inwestycji powierzył wykonywanie części prac firmie (...) i Przedsiębiorstwu (...).

Pozwany ad. 1 zgłosił powoda pozwanemu ad. 2 jako swojego podwykonawcę.

Na przedmiotowej budowie znajdowały się banery informujące o wykonawcach i podwykonawcach.

W ocenie Sądu Okręgowego w świetle dokonanych ustaleń faktycznych powództwo zasługiwało na uwzględnienie.

Pozwany ad. 1 dokonując potrącenia części roszczeń powoda uznał tym samym ich istnienie i zasadność. Samo jednak potrącenie okazało się nieskuteczne, gdyż pozwany ad. 1 nie wykazał, że powód pozostawał w zwłoce z wykonaniem robót i było to sytuacją przez niego zawinioną i w związku z tym, że miał prawo do naliczenia kar umownych. Pozwany ad. 1 nie wykazał również, że powód nie wykonał wszystkich prac objętych umową, jak również, że w pracach tych wystąpiły wady. Z kolei w stosunku do pozwanego ad. 2 powód wykazał, że został zgłoszony jako podwykonawca, a pozwany ad. 2 miał pełną świadomość, jakie prace wykonuje powód i jaka jest ich wartość i stan ten akceptował. W związku z powyższym, mając na uwadze art. 6 k.c., art. 498 § 1 i 2 k.c., art. 647<sup>1</sup> k.c. koniecznym było uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenie od obu pozwanych solidarnie kwoty 1.051.222,33 zł.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i § 3 k.p.c.

**Apelację od wyroku złożyli pozwani, zaskarżyli go w całości.** Pozwani zarzucali rozstrzygnięciu:

1. naruszenie prawa procesowego, które miało wpływ na wynik sprawy tj.:

- art. 479<sup>12</sup> § 1 i 2 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym w dacie wytoczenia powództwa poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do sprekludowanych twierdzeń i wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda w piśmie procesowym z dnia 5 sierpnia 2011 r. i dopuszczenie tychże twierdzeń i dowodów, oraz prowadzenia dowodu z zeznań świadków ponad zgłoszone tezy dowodowe,
- art. 479<sup>14</sup> k.p.c. w brzmieniu obowiązującym w dacie wytoczenia powództwa poprzez jego błędne zastosowanie,
- art. 230 i 231 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie,
- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i w związku z tym dokonanie błędnych ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, polegające w szczególności na: uznaniu za niewiarygodnych zeznań świadków: K. F. (1) i P. G. (1) oraz M. S. i J. G. (1) na okoliczność informowania J. G. (1) o zawarciu umów z powodem; błędnym założeniu jakoby powództwo powoda wobec pozwanego ad 2 J. G. (1) było zasadne i jakoby przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, że pozwany ad 2. wiedział o powodzie jako podwykonawcy i fakt ten akceptował; pominięcie ustaleń opinii biegłego sądowego,
- art. 236 k.p.c. poprzez nie oznaczenie w nielicznych wydanych postanowieniach dowodowych faktów podlegających stwierdzeniu,

1. naruszenie prawa materialnego przez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w ogólności:

- art. 647<sup>1</sup> k.c. poprzez błędne uznanie roszczenia powoda za uzasadnione w oparciu o ten przepis, podczas gdy w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy brak było spełnienia przesłanek wynikających z tego przepisu, a tym samym brak podstaw do uwzględnienia powództwa,
- art. 6 k.c. poprzez przyjęcie, że na pozwanym Przedsiębiorstwie (...) sp. z o.o. spoczywał obowiązek wykazania okoliczności, czy powód miał realną możliwość wykonania robót i czy w odpowiednim czasie i zakresie został powodowi udostępniony front robót.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwani wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości, zasądzenie od powoda na rzecz pozwanych kosztów procesu za pierwszą instancję zgodnie ze złożonym spisem kosztów oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanych kosztów postępowania apelacyjnego, ewentualnie wnieśli o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpatrzenia przy uwzględnieniu kosztów postępowania apelacyjnego jako części kosztów procesu.

Nadto powołując się na art. 380 k.p.c. pozwani wnieśli o rozpoznanie postanowienia Sądu wydanego na rozprawie dniu 15.03.2012 r. dopuszczającego dowód z okazania K. F. (1) protokołu z 23.12.2010 r. oraz postanowienia wydanego na rozprawie w dniu 18.10.2012 r. oddalającego dowód z przesłuchania świadka Z. L..

Powód wniósł o oddalenie apelacji pozwanych oraz o zasądzenie od pozwanych na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego wg norm przepisanych.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelację należało częściowo uznać za uzasadnioną.

Zasadnicze ustalenia sądu I instancji, istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, nie budzą wątpliwości i stąd Sąd Apelacyjny przyjmuje je za podstawę własnego rozstrzygnięcia.

Dotyczy to w szczególności treści stosunków zobowiązaniowych, łączących powoda oraz pozwanego P.B. (...) sp. z o.o. (dalej nazywanego „wykonawcą”) a także treści dokumentów sporządzonych przez strony.

Podzielić należy także ustalenia sądu co do faktu wykonania na zlecenie wykonawcy, po zejściu powoda z budowy, szeregu prac, przede wszystkim przez P.H.U. (...) (P. B. (1)) oraz W. G. (1), ujętych w fakturach i zestawieniach dołączonych do odpowiedzi na pozew (k. 177 – 187 akt).

Należy podkreślić, że strona powodowa nie kwestionowała, że roboty te zostały wykonane. Spór dotyczył jedynie tego, czy prace te wchodziły w zakres obowiązków powoda jako podwykonawcy.

Ustalenia Sądu Okręgowego wymagały jednak uzupełnienia z uwagi na zasadnicze wady pisemnego uzasadnienia zaskarżonego wyroku.

Sąd ten bowiem uchylił się od zajęcia stanowiska w kluczowych kwestiach spornych między stronami, a mianowicie, czy powodowa spółka wykonała całość prac objętych zawartymi umowami, a ujętych w zestawieniach (w tym jednostronnych protokołach) dołączonych do pozwu oraz czy zwłoka w wykonywaniu umów leżała po stronie powoda, czy też zawiniona została przez wykonawcę.

Takie stanowisko wynikało bądź to z niedokładnego zapoznania się ze stanowiskiem procesowym pozwanych, bądź też z błędnego rozłożenia między stronami ciężaru dowodu w procesie (art. 6 kc).

Otóż pozwani wyraźnie wskazywali, że powód nie wykonał części prac, bądź wykonał je z wadami i żądali obniżenia dochodzonego wynagrodzenia umownego o wysokość należności, jakie w związku z tym musiał zapłacić wykonawca na rzecz osób trzecich z tytułu dokończenia robót instalacyjnych oraz usunięcia wad. Pozwani nigdy przy tym nie przedstawiali tych należności do potrącenia.

Z kolei, oceniając zasadność zarzutu potrącenia przez wykonawcę przysługujących mu wierzytelności z tytułu kar umownych, sąd uznał, że powinien on udowodnić, że niewątpliwe opóźnienie w terminowym wykonaniu robót zostało zawinione przez stronę powodową.

Tymczasem tego rodzaju stanowisko było wynikiem błędnego zastosowania w sprawie przepisów art. 471 kc oraz art. 476 kc w zw. z art. 6 kc.

Jeżeli bowiem dłużnik opóźnia się z terminowym wykonaniem zobowiązania, to skutkuje to domniemaniem, że popada on w zwłokę (art. 476 zd. 1 kc) i zobowiązany jest do zapłaty odszkodowania z tytułu wadliwego wykonania umowy (art. 471 in principio kc), chyba, że wykaże, iż opóźnienie to jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (art. 476 zd. 2 kc, art. 471 in fine kc).

W realiach sprawy oznaczało to, że do obowiązków dowodowych wykonawcy należało jedynie wykazanie, iż powód nie wykonał robót budowlanych w terminach wynikających z zawartych umów, czego pozwany niewątpliwie dopełnił.

Natomiast to strona powodowa winna wykazać, iż do opóźnienia doszło na skutek okoliczności, za które nie ponosi ona odpowiedzialności, w szczególności z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Tego rodzaju błędne podejście sądu do istoty sporu skutkowało bezzasadnym oddaleniem wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, który w związku z tym został przeprowadzony w postępowaniu apelacyjnym.

Opracowaną przez biegłego M. B. (1) opinię, po jej pisemnym i ustnym uzasadnieniu, należy uznać za profesjonalną i rzetelną, częściowo jednak tylko, z przyczyn, o których mowa dalej, przydatną dla rozstrzygnięcia sporu.

Dodać należy, że po złożeniu przez tego biegłego wyjaśnień na rozprawie w dniu 23 września 2015r. sąd odstąpił od dalszego jego wysłuchiwania na kolejnej rozprawie. Biegły w toku ustnych wyjaśnień odpowiedział na wszystkie wątpliwości sądu i stron, związane z treścią opinii pisemnej, a dalsze pytania strony powodowej do biegłego wybiegały znacznie poza zakres postawionej biegłemu tezy dowodowej oraz nie związane były z jego wiedzą specjalistyczną.

Całkowicie bezzasadne, w świetle pisemnych wyjaśnień biegłego (k. 1058-1059), okazały się wnioski o jego wyłączenie na podstawie przepisów art. 281 kpc w zw. z art. 48 kpc i art. 49 kpc. Wniosek strony powodowej w tym przedmiocie oparty został głównie o subiektywne oceny pracy i osoby biegłego a przede wszystkim, jak się wydaje, wynikał z niezadowolenia z treści opracowanej przez niego opinii.

W tym stanie rzeczy nie było potrzeby powoływania w sprawie kolejnego biegłego, tym bardziej, że musiałby on bazować na tym samym, ograniczonym co do swej użyteczności, materiale dowodowym sprawy.

Wymaga bowiem podkreślenia, że biegły napotkał nieprzewidywalne przeszkody co możliwości jednoznacznego ustalenia zakresu prac wykonanych przez powoda, czy też przyczyn opóźnienia się robót na budowie.

Wynikało to z niedbałego podejścia, i to zarówno powoda, jak i wykonawcy do rzetelnego i obiektywnego dokumentowania wykonywanych na inwestycji robót.

Strony poprzestawały jedynie na wzajemnej wymianie pism, w których każda z nich przedstawiała swoje stanowisko co do przyczyn opóźnienia.

Istotne jest natomiast, co słusznie podkreślał w swojej opinii biegły M. B., że brak jest jakichkolwiek adnotacji w dzienniku budowy ze strony przedstawicieli powoda w procesie budowlanym o rzekomych niezależnych od powoda okolicznościach, usprawiedliwiających niewykonanie robót w terminie.

W tej sytuacji sprzeczne zeznania osób uczestniczących w procesie inwestycyjnym nie pozwalały na uznanie tezy strony powodowej, iż do opóźnienia doszło wyłącznie z przyczyn zależnych od wykonawcy bądź innych podwykonawców, a w szczególności, w jakich okresach takie opóźnienie po stronie powoda było usprawiedliwione.

Całkowicie przy tym bezzasadny okazał się zarzut strony powodowej, w świetle którego wykonawca miał się opóźnić z przekazaniem placu budowy celem wykonania umowy nr (...), zawartej w dniu 9 września 2010r., skoro pozwany przedstawił podpisany przez stronę powodową protokół przekazania placu budowy, sporządzony w dniu zawarcia umowy (k. 163).

Kwestia przyczyn opóźnienia w oddaniu przedmiotu umów zawartych między stronami okazała się jednak ostatecznie okolicznością nie mającą istotnego znaczenia w sprawie.

Nie może budzić wątpliwości, że strona powodowa nie wywiązała się ostatecznie z wykonania zawartych umów, schodząc z placu budowy bez uzyskania wymaganych umowami końcowych odbiorów robót.

Wynika to z treści dokumentów wytworzonych przez samego powoda, w szczególności pisma z dnia 30 listopada 2010r., informującego o przerwaniu prac instalacyjnych (k. 48-49) oraz „odstąpienia od umowy” z dnia 22 grudnia 2010r., a także z zeznań szeregu świadków, w tym w szczególności K. F., P. G., J. C., P. B., D. J. oraz W. G..

Bez istotnego znaczenia jest dla takiego ustalenia okoliczność, iż w dzienniku budowy wpisano w dniu 30 listopada 2010r. o zakończeniu robót budowlanych. Wpis ten świadczy jedynie o nierzetelnym prowadzeniu dokumentacji budowlanej, skoro obie strony powołują się na kolejne protokoły, w tym np. z dnia 23 grudnia 2010r (k. 318), z których wynika, że prace budowlane na inwestycji były dalej prowadzone, pomimo zamknięcia dziennika budowy.

Zgodzić należy się tu z sugestią biegłego M. B., że tego rodzaju adnotacja sporządzona została wyłącznie na potrzeby uzyskania wcześniejszego pozwolenia na użytkowanie obiektu, co musiało być dla inwestora istotne ekonomicznie z

uwagi na zbliżające się znaczne natężenie ruchu w okresie świątecznym i noworocznym (pozwolenia na użytkowanie wydano w dniach 10 i 27 grudnia 2010r. – k. 1113 – 1116).

Nadto, z powołanego już wyżej materiału dowodowego wynika jednoznacznie, że jeszcze na przełomie 2010r. oraz 2011r. na budowie prowadzono nie tylko czynności odbioru i kontroli technicznej instalacji, ale także prace typowo instalacyjne, należące, jak wynika z opinii zarówno biegłego M. B., jak i wcześniejszej opinii biegłego W. Ł., do zakresu obowiązków powoda jako podwykonawcy.

Należy w tym miejscu ponownie podkreślić, że to powoda obciążały ujemne konsekwencje braku posiadania protokołów końcowych odbioru robót czy chociażby sporządzonej w sposób obiektywny inwentaryzacji wykonanych prac w dacie zejścia przez niego z budowy (np. w postaci dokumentacji zdjęciowej czy protokołów z obmiarów dokonanych z udziałem osób trzecich, niezainteresowanych w sprawie).

Strona powodowa nie przedstawiła także szczegółowej specyfikacji objętych umowami prac, co pozwoliłoby na ocenę zasadności jej twierdzeń, że prace wykonane następnie m.in. przez P. B. ( P.P.H. (...)) oraz W. G. nie wchodziły w zakres jej obowiązków.

W pełni z kolei należy podzielić stanowisko pozwanych, iż powód nie odstąpił skutecznie od zawartych umów na podstawie pisma z dnia 22 grudnia 2010r. (k. 55).

Nie zostały bowiem spełnione ku temu warunki z art. 491 kc, polegające na pozostawaniu przez wykonawcę w zwłoce oraz wyznaczeniu mu uprzednio właściwego terminu do należytego wykonania jego zobowiązania, z zagrożeniem odstąpieniem od umowy.

Za tego rodzaju wezwanie można co najwyżej uznać w/w pismo z dnia 30 listopada 2010r.

Słusznie jednak pozwani podnieśli, że w piśmie tym wzywa się wykonawcę do wykonania czynności, do której nie był on zobowiązany, a mianowicie do określenia nowego, „realnego” zdaniem powoda, terminu zakończenia prac. Termin ten został bowiem uprzednio ustalony w zawartych między stronami umowach o roboty budowlane.

Z drugiej strony pozwani nie powoływali się na odstąpienie przez nich od umowy z uwagi na zwłokę powoda w wykonaniu zobowiązania.

Przyjąć zatem należy, że ostatecznie doszło do rozwiązania zawartych między stronami umów o roboty budowlane w sposób dorozumiany, przez czynności faktyczne. Polegało to ze strony powoda na przerwaniu robót, zejściu z placu budowy i jednoznacznym wyrażeniu woli niewykonania do końca zobowiązania (przez złożenie oświadczenia, jakkolwiek nieskutecznego prawnie, o „odstąpieniu” od umowy) a ze strony pozwanego wykonawcy na zleceniu dokończenia prac innym podmiotom.

Oczywiste jest, z punktu widzenia przepisu art. 647 kc, że powodowi jako podwykonawcy nie należy się wynagrodzenie za prace, które należały do jego obowiązków, a które nie zostały przez niego wykonane.

Kierując się opiniami biegłych należy przyjąć, że do prac tych należały niezbędne czynności rozruchowe oraz prace instalacyjne wykonane przez P.P.H. (...) oraz W. G., z wyjątkiem prac mających charakter napraw (usunięcia wad w pracach wykonanych przez powoda).

Podzielić należy stanowisko biegłego M. B., że wykonawca zapłacił tu osobom trzecim stawki rynkowe i że na tyle samo prace te wyceniał powód ( w każdym razie co innego nie wynika z żadnego dokumentu przedłożonego przez strony).

W konsekwencji należy przyjąć, że dochodzone wynagrodzenie strony powodowej podlega obniżeniu o następujące należności z tytułu niewykonanych przez niego prac (por. opinia biegłego M. B., k. 992 – 996):

- uruchomienie i sprawdzenie kotłowni - 1.037 zł (.173);



- inspekcja rurociągów - 709, 96 zł (k. 177);
  - inspekcja rurociągów - 799,50 zł (k. 178);
  - roboty wentylacyjne P.P.H. (...) 69.249 zł (k. 182);
  - część robót wykonanych przez W. G., z wyjątkiem robót poprawkowych – 29.800,72 zł
- (34.536,22 zł – 4.735,50 zł, k. 186-187, opinia M. B. k. 996).

Razem kwota dochodzonego roszczenia podlega zatem obniżeniu o 101.596,18 zł, czyli do kwoty 949.626,75 zł (1.051.222,93 zł – 101.596,18 zł), a należność z faktur wystawionych w dniu 22 grudnia 2010r. na łączną kwotę 719.751,96 zł (po korekcie), do kwoty 618.155,78 zł (719.751,96 zł – 101.596,18 zł).

Nie ma przy tym podstaw do przyjęcia, że należność objęta ostatnio wymienionymi fakturami była nienależna przed dniem 13 lutego 2011r., z uwagi na niedoręczenie tych dokumentów pozwanemu wykonawcy, z naruszeniem postanowień §§ 5 umów o roboty budowlane.

Faktury te zostały wysłane wykonawcy przesyłką poleconą w dniu 28 grudnia 2010r. , awizowaną po raz pierwszy w dniu 29 grudnia 2010r.(k. 57-59). Oznacza to, że do dnia 5 stycznia 2011r. pozwany miał możliwość odbioru tych dokumentów, czego zaniechał. Takie zachowanie pozwanego należy, przez analogię z art. 61 § 1 kc, uznać za równoznaczne w swych skutkach z odbiorem rzeczonych dokumentów. Nie do przyjęcia byłaby bowiem taka wykładnia łączącej strony umowy, zgodnie z którą zamawiający mógłby uchylać się od zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty, odmawiając przyjęcia sporządzonych przez wykonawcę faktur VAT.

W konsekwencji 30-dniowy, ustalony umownie termin do zapłaty objętych omawianymi fakturami, mijał w dniu 4 lutego 2011r. Oznacza to, że zasądzenie przez sąd I instancji od tych należności odsetek za opóźnienie od dnia 13 lutego 2011r. znajdowało oparcie w przepisach art. 481 § 1 i § 2 zd. 1 kc.

Z kolei w pełnej rozciągłości podzielić należało zarzuty i wnioski apelacji w części dotyczącej roszczenia zasądzonego na rzecz powoda od pozwanego J. G. (1).

Odpowiedzialności tego pozwanego strona powodowa poszukiwała w treści przepisów art.647<sup>1</sup> § 2 i 5 kc, twierdząc, że co najmniej w sposób dorozumiany wyraził on czynną zgodę na zawarcie przez pozwanego wykonawcę umów z powodem jako podwykonawcą.

W związku z tym w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że sprawa toczyła się pod rządami przepisów procedury cywilnej obowiązujących do dnia 3 maja 2012r. (por. art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 września 2011r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw – Dz. U., nr. 233, poz. 1381).

Zastosowanie zatem w pełni, i to od początku postępowania, znajdowały przepisy art. 479<sup>1</sup> i nast. kpc o postępowaniu w sprawach gospodarczych.

Nie ulega bowiem jakiegokolwiek wątpliwości, że wszystkie strony są przedsiębiorcami, a sprawa dotyczy stosunków cywilnych związanych z prowadzoną przez nie działalnością gospodarczą.

Wymaga podkreślenia, że o gospodarczym charakterze sprawy decydowały wyłącznie czynniki o charakterze obiektywnym, wymienione w d. art. 479<sup>1</sup> kpc, a nie wola stron procesu.

W związku z tym nie do przyjęcia jest koncepcja strony powodowej, w świetle której skierowanie przez nią sprawy do wydziału cywilnego Sądu Okręgowego skutkowało tym, że sprawa nabierała charakteru „sprawy gospodarczej” dopiero od momentu jej przekazania w zakresie tzw. właściwości funkcjonalnej do wydziału gospodarczego tego Sądu.

W konsekwencji już w chwili wnoszenia powództwa powoda obowiązywały wszystkie rygory, o jakich mowa w była w d. art. 479<sup>12</sup> § 1 kpc. Oznacza to, że już w pozwie powód winien był podać wszystkie twierdzenia oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykazałby, że ich powołanie w pozwie nie było możliwe, albo że potrzeba powołania wynikła później.

W pozwie powód co do podstaw odpowiedzialności J. G. (1) podał szereg twierdzeń, mających wskazywać, że akceptował on powoda jako podwykonawcę.

Rzecz jednak w tym, że na poparcie tych twierdzeń w pozwie nie powołano żadnego dowodu, z wyjątkiem pisma z dnia 19 listopada 2010r. (k. 61) przy którym rzekomo przekazano pozwanemu wymienione w tym piśmie protokoły z odbioru instalacji.

Do wymienionego pisma nie dołączono jednak potwierdzenia odbioru, a pozwany zaprzeczył aby otrzymał zarówno to pismo, jak i wymienione w nim dokumenty.

Niezależnie od tego, sam fakt doręczenia pozwanemu tego pisma wraz z protokołami odbioru byłby dalece niewystarczający do uznania, że tym samym wyraził on zgodę na zawarcie umowy z podwykonawcą, ze skutkami, o jakich mowa w art. 647<sup>1</sup> kc.

Natomiast kolejne dowody zgłaszane przez powoda na poparcie swoich tez w omawianym przedmiocie, w szczególności powołane w piśmie procesowym z dnia 5 sierpnia 2011r, były ewidentnie spóźnione i stąd podlegały pominięciu w dalszym postępowaniu.

Powód nie wykazał bowiem, aby dowodów tych nie mógł powołać w pozwie.

Nie było także podstaw do przyjęcia, że potrzeba ich powołania powstała dopiero w okresie późniejszym.

Powód nie mógł spodziewać się bowiem, że pozwany nie będzie zaprzeczał twierdzeniom powództwa. Przeciwnie, już w uzasadnieniu pozwu wskazano, że pozwany odmawia zapłaty, powołując się na brak po jego stronie wiedzy i zgody na wykonywanie robót przez powoda jako podwykonawcę.

Z kolei niedopuszczalne było czynienie przez sąd ustaleń w omawianym przedmiocie na podstawie zeznań świadka D. J. (k. 530 -534).

Z uwagi na szczególne rygory obowiązujące w postępowaniu gospodarczym sąd mógł prowadzić postępowanie dowodowe w zasadzie wyłącznie w zakresie wskazanym przez same strony.

W związku z tym należy wskazać, że dowód z zeznań świadka D. J. został powołany wyłącznie przez pozwanego P.W. (...) sp. z o.o., w odpowiedzi na pozew, na okoliczności: zmiany zakresu robót zleconych powodowi, zwłoki w wykonywaniu przez niego robót oraz dokonanego potrącenia z tytułu kar umownych.

Sąd winien zatem ograniczyć się do prowadzenia dowodu z zeznań wymienionego świadka na okoliczności wymienione w tezie dowodowej, co winno znaleźć odzwierciedlenie w tym zakresie w treści postanowienia dowodowego, o jakim mowa w art. 236 kpc.

Tymczasem procedowanie przez sąd w tym zakresie należy uznać nie tylko za wadliwe, ale wręcz za niezrozumiałe.

Mianowicie na rozprawie w dniu 19 grudnia 2011r. sąd, mimo upływu już kilku miesięcy od złożenia przez strony wniosków dowodowych, postanowił „rozważenie i dopuszczenie dowodów wnioskowanych przez pełnomocników powoda i pełnomocników pozwanych pozostawić posiedzeniu niejawnemu”. Następnie jednak sąd przystąpił do prowadzenia dowodów z zeznań świadków bez wydania, ani na posiedzeniu niejawnym, ani na rozprawie, zapowiadanego postanowienia dowodowego.

Uniemożliwiło to stronom zgłoszenie zastrzeżenia co do zakresu prowadzenia postępowania dowodowego na podstawie art. 162 kpc.

Dodać ubocznie należy, że ten swoisty „manewr” proceduralny sąd I instancji powielił na rozprawie w dniu 21 maja 2012r., tym razem co do wniosków dowodowych powoda zawartych w piśmie z dnia 5 sierpnia 2011r.

Nie jest jasne, w jakich okolicznościach od świadka D. J. odebrano zeznania na temat nie objęty tezą dowodową, a dotyczący wyrażenia zgody przez J. G. na zawarcie przez wykonawcę umowy z powodem.

Należy przyjąć, że nastąpiło to z inicjatywy samego sądu.

Nie ma jednak podstaw do przyjęcia, że zamiarem sądu było tu dopuszczenie dowodu z urzędu w rozumieniu przepisu art. 232 zd. 2 kpc.

Niezależnie od tego, jakkolwiek dopuszczenie dowodu z urzędu przez sąd było dopuszczalne, co do zasady, także w postępowaniu w sprawach gospodarczych, winno to następować w sytuacjach szczególnych, gdy z uwagi na nieporadność strony lub inne wyjątkowe okoliczności, jego nieprzeprowadzenie skutkowałoby koniecznością wydania jawnie niesprawiedliwego orzeczenia.

Oczywiste jest, że takie okoliczności nie występowały w rozpoznawanej sprawie, prowadzonej między wysoko wyspecjalizowanymi i reprezentowanymi profesjonalnie podmiotami.

Zarówno zatem sąd I instancji nie miał prawa orzekać na podstawie wadliwie przeprowadzonego dowodu, jak i sąd odwoławczy ma obowiązek pominięcia tego elementu materiału dowodowego przy ocenie prawidłowości zaskarżonego orzeczenia (por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 22 lutego 2006r w spr. III CSK 128/05, OSNC, z. 11 z 2006r, poz. 191 oraz z dnia 31 stycznia 2007r w spr. II CSK 426/06, LEX nr 276221).

Oznacza to, że powództwo skierowane przeciwko pozwanemu J. G. (1) podlegało oddaleniu z uwagi na nieudowodnienie przez powoda, w sposób przewidziany przepisami procedury cywilnej, podstaw odpowiedzialności tego pozwanego (art. 6 kc).

Skutkuje to zmianą zaskarżonego wyroku w omówionym wyżej kierunku.

Pociąga to zarazem za sobą zmianę zawartych w nim rozstrzygnięć w przedmiocie kosztów procesu.

Koszty te, w zakresie powództwa wytoczonego przeciwko pozwanemu J. G. ponosi w całości strona powodowa (art. 98 § 1 i 3 kpc, art. 99 kpc).

Obejmują one należne temu pozwanemu wynagrodzenie radcy prawnego w wysokości 7.217 zł.

Z kolei koszty między powodem a pozwanym P.W. (...) sp. z o.o. podlegają rozdzieleniu proporcjonalnie do ostatecznego wyniku sporu, przy przyjęciu, że powód utrzymuje się co do roszczeń stanowiących około 90 % początkowych żądań powództwa (art. 100 zd. 1 kpc). Szczegółowe rozliczenie tych kosztów sąd odwoławczy pozostawił referendarzowi w sądzie I instancji (art. 108 § 1 zd. 2 kpc).

W takiej samej proporcji podlegają ściągnięciu od wymienionych stron nieuiszczone dotychczas koszty sądowe, obejmujące brakującą część opłaty od pozwu w wysokości 47.562 zł (art. 113 ust. 1 i ust. 2 pkt. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych).

Z tych przyczyn na podstawie wymienionych wyżej przepisów prawa materialnego i procesowego Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie I i II sentencji wyroku.

O kosztach postępowania apelacyjnego między powodem a pozwanym J. G. (1) orzeczono (punkt III wyroku) na podstawie przepisów art. 98 § 1 i 3 kpc oraz art. 99 kpc w zw. z art. 391 § 1 kpc. Obejmują one obciążającą tego

pozwanego połowę opłaty od apelacji w wysokości 26.281 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 2.700 zł (§ 2 ust. 1 i 2 oraz §12 ust. 1 pkt. 2) w zw. z § 6 pkt. 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jedn. Dz. U z 2013r, nr 490.).

Należy zauważyć, że sąd I instancji błędnie od każdego z powodów pobrał pełną opłatę od apelacji w wysokości po 52.562 zł.

Nie ulega wątpliwości, że między pozwanymi istniało współuczestnictwo procesowe materialne w rozumieniu art. 72 § 1 pkt. 1) kpc.

W tej sytuacji, skoro pozwani zaskarżyli wyrok jednym środkiem zaskarżenia, należało od nich pobrać wspólnie jedną tylko opłatę stosunkową od apelacji (art. 4 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych).

Z uwagi na charakter więzi procesowej między pozwanymi należy przyjąć, że każdy z nich, na potrzeby rozliczeń kosztów procesu z powodem, poniósł tą opłatę w 1/2 części.

Natomiast dokonana nadpłata powinna zostać przez Sąd Okręgowy zwrócona z urzędu na podstawie przepisu art. 80 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Z tych samych przyczyn należy przyjąć, że pozwanym przysługuje prawo do żądania zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym wysokości wynagrodzenia jednego pełnomocnika, co oznacza, że na każdego z nich z tego tytułu przypada kwota 2.700 zł (por. np. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2007r w spr. III CZP 130/06, OSNC, z. 1 z 2008r, poz. 1).

Z kolei koszty postępowania odwoławczego między powodem a pozwanym P.W. (...) sp. z o.o. podlegały stosunkowemu rozdzieleniu, stosownie do wyników postępowania apelacyjnego, w którym wnioski skarżącego zostały uwzględnione jedynie w ok. 10 % (art. 100 zd. 1 kpc w zw. z art. 391 § 1 kpc).

Powód poniósł w relacji z tym pozwanym koszty w łącznej wysokości 7.852,47 zł (2.700 zł koszty zastępstwa procesowego oraz 5.152,47 zł wypłacone biegłemu z zaliczki wynagrodzenia za sporządzenie opinii) a pozwany w wysokości 28.981 zł (połowa opłaty od apelacji w wysokości 26.281 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 2.700 zł).

Razem koszty te wyniosły zatem kwotę 36.833,47 zł, z czego powoda obciążało 10 %, czyli kwota 3.683,35 zł.

W tej sytuacji pozwany zobowiązany jest do zwrotu powodowi z tego tytułu kwoty 4.169,12zł (7.852,47 zł – 3.683,35 zł).

Dlatego na podstawie powołanych wyżej przepisów orzeczono jak w punktach III i IV wyroku.

Jan Futro Bogdan Wysocki Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga