

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 10 września 2013 r.**

**Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:**

**Przewodniczący – Sędzia SA – Ewa Kaniok (spr.)**

**Sędzia SA – Marzanna Góral**

**Sędzia SO (del.) – Anna Szymańska - Grodzka**

**Protokolant – st. sekr. sąd. Aneta Zembrzaska**

po rozpoznaniu w dniu 10 września 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Syndyka Masy Upadłości "Z. M." Spółki Akcyjnej w G.

przeciwko Centrum (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 16 marca 2012 r., sygn. akt XVI GC 434/10

**1. zmienia zaskarżony wyrok w punktach I, III i IV w ten sposób, że:**

a) **w punkcie I (pierwszym) zamiast zasądzonej kwoty zasądza kwotę 11.617,30 zł (jedenaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych trzydzieści groszy) z ustawowymi odsetkami od 25 maja 2009 r. i oddala powództwo o zasądzenie kwoty 120.958,70 zł (sto dwadzieścia tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt osiem złotych siedemdziesiąt groszy);**

b) **w punkcie III (trzecim) zasądza od Syndyka Masy Upadłości "Z. M." Spółki Akcyjnej w G. na rzecz Centrum (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 6.004 zł (sześć tysięcy cztery złote) tytułem zwrotu kosztów procesu;**

c) **uchyla rozstrzygnięcie zawarte w punkcie IV (czwartym);**

**2. oddala apelację pozwanej w pozostałej części i apelację powoda w całości;**

**3. zasądza od Syndyka Masy Upadłości "Z. M." Spółki Akcyjnej w G. na rzecz Centrum (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 11.448 zł (jedenaście tysięcy czterysta czterdzieści osiem złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

Pozwem wniesionym w dniu 24.05.2010 r. Syndyk Masy Upadłości „Z. M.” sp. z o.o. w G. wniósł o zasądzenie od Centrum (...) sp. z o.o. w W. (dalej: Centrum J.) kwoty 265.151,65 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 25.05.2007 r. do dnia zapłaty .

W uzasadnieniu wskazał, że strony wiązała umowa o generalne wykonawstwo inwestycji, a powód był generalnym wykonawcą. Na podstawie § 15 umowy, wprowadzonego aneksem nr (...) % kwot zatrzymanych miało być zwróconych wykonawcy po odbiorze końcowym prac, a pozostała kwota – po dostarczeniu przez generalnego wykonawcę gwarancji bankowej na okres gwarancji i rękojmi. Z uwagi na problemy z zakończeniem inwestycji strony podpisały w dniu 24.05.2004 r. protokół odbioru robót etapu I i z tym dniem zaktualizował się obowiązek zwrotu pierwszych 50% kwot zatrzymanych, gdyż w związku z odstąpieniem przez „Z. M.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. (dalej: Z. M.) w części niewykonanej, protokół ten stanowił jednocześnie protokół odbioru końcowego. Druga część kwot stała się wymagalna po upływie 36 miesięcy (okres gwarancji) od dnia podpisania tego protokołu. Łączna kwota zatrzymana wyniosła 1.560.233,88 zł, stanowiąca 10% wartości zafakturowanych robót netto. Ponieważ należności Centrum J. wyniosły 1.295.082,23 zł, stąd kwota dochodzona pozwem.

W odpowiedzi na pozew pozwany Centrum J. wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu.

W uzasadnieniu wskazał, że żaden z warunków zwrotu kaucji, tj. protokolarne potwierdzenie usunięcia usterek i niedoróbek oraz dostarczenie gwarancji bankowej na okres gwarancji i rękojmi, nie został przez Z. M. spełniony. Nieuprawnione jest utożsamianie przez powoda protokołu odbioru robót etapu I z protokołem odbioru końcowego inwestycji. Z. M. usterek nie usunął, a uczynił to we własnym zakresie i na własny koszt pozwany. Zatem pierwsza część kaucji nie jest wymagalna, podobnie jak druga, gdyż powód nie wykazał, aby dostarczył gwarancję bankową na okres gwarancji i rękojmi. W potwierdzeniu salda na dzień 31.12.2006 r. upadły wyliczył saldo na kwotę 771.017,07 zł i skoro sam powód uznał zasadność potrącenia z kwotą 1.295.082,23 zł, to gdyby nawet uznać wymagalność kaucji, to należność powoda uległaby umorzeniu. Pozwany odmówił zapłaty faktury VAT nr (...), gdyż upadły wystawił ją bez żadnych podstaw, tuż przed upadłością. Skoro pozwany faktury tej nie zapłacił, to nie mógł z tej kwoty zatrzymać kaucji. Faktura ta jest jedną z podstaw procesu w sprawie XVI GC 666/05. Jednocześnie pozwany podniósł zarzut przedawnienia roszczenia o zwrot pierwszych 50% kaucji.

### **Wyrokiem z dnia 16.03.2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie:**

- w punkcie I. zasądził od Centrum (...) sp. z o.o. w W. na rzecz Syndyka Masy Upadłości „Z. M.” S.A. w G. kwotę 132.575,83 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 126.767,17 zł - od dnia 25.05.2009 r. do dnia zapłaty oraz od kwoty 5.808,66 zł - od dnia 15.02.2008 r. od dnia zapłaty;

- w punkcie II. oddalił powództwo w pozostałym zakresie;

- w punkcie III. zasądził od Centrum (...) sp. z o.o. w W. na rzecz Syndyka Masy Upadłości „Z. M.” S.A. w G. kwotę 6.629,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

- w punkcie III. zniósł pomiędzy stronami koszty procesu w pozostałym zakresie.

W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Okręgowy wskazał:

W dniu 9.05.2002 r. pomiędzy Centrum J., jako investorem, i Z. M., jako generalnym wykonawcą, doszło do zawarcia umowy nr (...) o generalne wykonawstwo inwestycji, której przedmiotem było wykonanie budynku biurowo-usługowego z garażami podziemnymi, położonego w W. przy ul. (...). Termin zakończenia całości robót ustalono na dzień 31.12.2003 r. Za zakończenie robót strony uznały zgłoszenie przedmiotu umowy do odbioru końcowego. Wynagrodzenie rozliczane łącznie fakturami częściowymi nie mogło przekroczyć 90% wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1. Z. M. udzielił miał bezwarunkowej, nieodwołalnej gwarancji bankowej w wysokości 10% wartości umowy. Po bezusterkowym odbiorze miała ona zostać zastąpiona taką samą gwarancją w wysokości 5% wartości umowy na cały okres gwarancji udzielonej na cały powstały obiekt (§ 15). Okres gwarancji wynosić miał

36 miesięcy dla całości robót budowlanych i montażowych, z wyłączeniem dachu, pokryć izolacyjnych i urządzeń technicznych, dla których okres ten wynosił 5 lat. W przypadku ujawnienia wady w okresie gwarancyjnym, generalny wykonawca obowiązany był do jej usunięcia lub dostarczenia rzeczy wolnych od wad, z wyjątkiem wypadku, gdy wada została zawiniona przez użytkownika. Jeżeli natomiast generalny wykonawca nie usunąłby zgłoszonych wad lub nie dostarczył rzeczy wolnej od wad w terminie 14 dni, inwestor miał uprawnienie do wyznaczenia mu dodatkowego terminu na usunięcie wady lub dostarczenie rzeczy wolnej od wad, albo mógł usunąć wady na koszt generalnego wykonawcy z gwarancji, o której mowa w § 15 (§ 18).

Umowa ta była dziewięciokrotnie aneksowana (aneksy k. 32-49, 344-390, 393-394). Aneksem nr (...) zmieniono § 15 umowy i ustalono, że tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy inwestor będzie potrącał w formie kaucji gwarancyjnej z płatności każdej z faktur częściowych wystawionych przez wykonawcę kwotę w wysokości 10% wartości zafakturowanych robót netto, chyba, że wykonawca dokona zabezpieczeń w postaci udzielenia bezwarunkowej, nieodwołalnej gwarancji bankowej w wysokości łącznej 10% wartości umowy (aneks k. 36-37). Aneksem nr (...) z dnia 26.02.2003 r. dodano § 15 ust. 6 i 7, stanowiące, że tytułem dodatkowego zabezpieczenia należytego wykonania umowy inwestor będzie potrącał z płatności faktur, począwszy od faktury następującej po fakturze za zakończenie stanu surowego zamkniętego, kwoty w wysokości 8% wartości zafakturowanych netto. Kwoty zatrzymane miały być wypłacone generalnemu wykonawcy w następujący sposób: 50% wartości kwot zatrzymanych po odbiorze końcowym prac będących przedmiotem umowy, a wypłata pozostałej części kwot zatrzymanych nastąpić miała po dostarczeniu przez generalnego wykonawcę gwarancji bankowej na okres gwarancji i rękojmi (aneks k. 39). W § 2 i § 12 aneksu nr (...) strony ustaliły, że w razie niedokonania przez generalnego wykonawcę w terminie całości lub części zapłaty na rzecz któregośkolwiek z podwykonawców, inwestor mógł dokonywać takiej płatności bezpośrednio na rzecz danych podwykonawców z pominięciem generalnego wykonawcy, zawiadamiając o tym niezwłocznie generalnego wykonawcę. Wszelkie takie płatności inwestora na rzecz podwykonawców wraz z należnościami ubocznymi miały być mu zwrócone przez generalnego wykonawcę (aneks k. 40-44).

W toku wykonywanych prac Z. M. wystawił na rzecz Centrum J. faktury VAT z tytułu wykonanych robót, z faktur tych dokonywano potrąceń kaucji.

Aneksem nr (...) z dnia 20.01.2004 r. strony zmieniły § 2 ust. 1 umowy w ten sposób, że termin rozpoczęcia robót został ustalony na dzień 20.07.2002 r., zakończenia robót etapu I na dzień 30.04.2004 r., rozruchu technologicznego na dzień 31.05.2004 r., zaś zakończenia robót etapu II do dnia 28.02.2005 r. Wartość prac etapu II ustalona została na kwotę 468.300,00 USD netto. W pierwszym etapie przewidziano wykonanie robót, które umożliwią uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

Z. M. miał zawarte umowy z podwykonawcami. W zakresie rozliczania się z nimi strony stosowały zasadę, że inwestor rozliczał się z generalnym wykonawcą, a ten z podwykonawcami. W maju 2004 r. do inwestora zaczęli jednak zgłaszać się podwykonawcy, sygnalizując brak uiszczenia wynagrodzenia na ich rzecz przez Z. M..

W dniu 24.05.2004 r. został podpisany protokół odbioru robót etapu I. Komisja stwierdziła, że obiekt budowlany został wykonany w zakresie decyzji o pozwoleniu na budowę i zgodnie z innymi przepisami. Jednocześnie stwierdzono niedoróbki i usterki w zakresie robót budowlanych, robót sanitarnych, robót elektrycznych i teletechnicznych, a także inne niedoróbki, które opisano w załącznikach 2-5 do protokołu. Wykonawca udzielił rękojmi na wykonane roboty na czas określony w umowie nr (...), z wyłączeniem elementów robót zausterkowanych, dla których okres rękojmi biec miał od chwili protokołarnego potwierdzenia usunięcia usterki lub wykonania niedoróbki. W punkcie 1.6. części III protokołu strony ustaliły, że zabezpieczeniem wykonania usterek i niedoróbek jest kaucja gwarancyjna. Pierwsza połowa tej kaucji miała zostać zwrócona generalnemu wykonawcy przez inwestora po protokołarnym potwierdzeniu usunięcia usterek i niedoróbek. Natomiast druga połowa kaucji gwarancyjnej miała zostać zwrócona generalnemu wykonawcy po dostarczeniu przez niego gwarancji bankowej na okres gwarancji i rękojmi. W załączniku nr 2, dotyczącym robót budowlanych, termin usunięcia usterek określony został na dzień 30.06.2004 r. W załącznikach nr 2 i 4 wykazano usterki i niedoróbki oraz niedokończone roboty o niewielkiej wartości. Pierwszy etap, który Z. M. wykonał, pozwalał na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, a drugi miał dotyczyć robót wykończeniowych.

W dniu 31.05.2010 r. Z. M. wystawił na rzecz Centrum J. fakturę VAT nr (...) na kwotę 833.030,00 USD netto, czyli 3.169.179,33 zł netto, tj. 3.866.398,79 zł brutto, która fakturą korygującą nr (...) została pomniejszona o 0,01 zł – do kwoty 3.866.398,78 zł brutto. Do faktury załączony został protokół odbioru wykonanych elementów robót nr 17 z dnia 31.05.2004 r., stanowiący rozliczenie finansowe robót odebranych na podstawie protokołu odbioru robót – etap I z dnia 24.05.2004 r. W przeciwieństwie do stosowanego dotychczas sposobu sporządzania protokołów częściowego odbioru robót w oparciu o harmonogram rzeczowo-finansowy, protokół z dnia 31.05.2004 r., zamiast wyszczególnienia rodzaju wykonanych elementów robót, zawierał rozliczenie finansowe robót etapu I według schematu: wartość robót według umowy (11.700.000,00 USD) – roboty etapu II (468.300,00 USD) = razem roboty etapu I (11.231.700,00 USD) – roboty niepodlegające fakturowaniu – załącznik nr 5 do protokołu z dnia 24.05.2004 r. (562.300,00 USD) = wartość robót etapu I do zafakturowania narastająco (10.669.400,00 USD) – zafakturowano do dnia 30.04.2004 r. narastająco (9.836.370,00 USD) = do zafakturowania (833.030,00 USD).

Pozwany wzywał Z. M. do uzupełnienia tej faktury zgodnie z postanowieniami umowy, jednak nie otrzymałżądanego dokumentu. Faktura ta nie została przez inwestora zapłacona, gdyż według niego została sporządzona niezgodnie z umową. Brak było protokołów odbioru wykonanych robót podpisanych przez nadzór inwestorski i nadzór bankowy, jak również wyliczenia kaucji gwarancyjnej. Wyliczenie kaucji gwarancyjnej było sporządzone tylko na tej fakturze, nie było jednak załącznika, w którym jednoznacznie byłoby określone, za jakie roboty zostaje potrącona kaucja gwarancyjna. Faktura ta została zaksięgowana przez Centrum J., a rozliczenie podatku VAT z tej faktury zostało ujęte w rozliczeniu dokonanym w dwa miesiące po otrzymaniu, czyli w sierpniu 2004 r.

Decyzją nr(...) z dnia 6.07.2004 r. Państwowy Inspektor Nadzoru Budowlanego udzielił pozwanemu pozwolenia na użytkowanie przedmiotowego budynku pod warunkiem zakończenia prac wykończeniowych dwóch narożników elewacji od strony ul. (...). Podczas kontroli z nadzoru budowlanego przed wydaniem tej decyzji stwierdzono bowiem, że dwa narożniki obiektu od ul. (...) nie były zakończone, nie zakończono robót izolacyjnych i kamieniarskich.

Ostatecznie pozwany we własnym zakresie zasłonił ten fragment niewykonanych robót. Dopiero wówczas wydano pozwolenie na użytkowanie.

Pismem z dnia 30.07.2004 r. Centrum J. skierowała do Z. M. oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr (...) na podstawie § 20 ust. 1 tej umowy z przyczyn określonych w § 20 ust. 1 pkt a), b) i e) umowy. Oświadczenia tego generalny wykonawca nie uznał. Inwestor wezwał również generalnego wykonawcę do ustalenia komisji inwentaryzacyjnej, która ostatecznie w obecności przedstawicieli obu stron dokonała inwentaryzacji w sierpniu 2004 r. Z inwentaryzacji sporządzono w dniu 20.08.2004 r. protokół inwentaryzacji robót w toku na budowie budynku Centrum J. wraz załącznikami. Przedstawiciele generalnego wykonawcy przedmiotowego protokołu jednak nie podpisali, dlatego inwestor przesłał go Z. M. pismem z dnia 26.08.2004 r. Następnie pismem z dnia 20.09.2004 r. Z. M. złożył Centrum J. oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr (...). Tego oświadczenia nie uznał z kolei pozwany.

Postanowieniem z dnia 28.07.2004 r. Sąd Rejonowy w Gorzowie Wielkopolskim w sprawie V GU 25/04 ogłosił upadłość Z. M. obejmującą likwidację majątku dłużnika.

Ostatecznie inwestor związał się bezpośrednimi umowami z dotychczasowymi podwykonawcami celem dokończenia montażu siatek ze stali nierdzewnej, prac elewacyjnych (tzw. „druga skóra”), okładzin kamiennych i dostarczenia mebli recepcji. Od dnia 17.11.2004 r. rozpoczęły się odbiory robót wykonywanych w ramach usterek i niedoróbek określonych protokołem z dnia 24.05.2004 r. i prac etapu II. Ostatnie prace zostały odebrane w dniu 14.02.2005r. Drugi etap robót, podobnie jak poprawki niedoróbek, został wykonany w całości przez pozwanego. Gwarancja bankowa ustanowiona na okres budowy skończyła się z dniem 30.06.2004 r. i ani nie została przedłużona, ani nigdy nie została dostarczona po tej dacie przez generalnego wykonawcę nowa gwarancja. Nie było więc żadnego zabezpieczenia na okres rękojmi i gwarancji. Okresy te jednak już minęły.

W masie upadłości są roszczenia dotyczące kwot zatrzymanych na łączną kwotę 1.093.875,76 zł, które dotyczą roszczeń m.in. wobec (...) T. i pozwanego, w tym po potrąceniu w stosunku do pozwanego było to roszczenie o kwotę 265.151,65

zł (sprawozdanie syndyka k. 1238-1241. Jednak pomimo wezwania do zapłaty z dnia 17.05.2010 r. Centrum J. nie zapłaciła kwoty 265.151,65 zł, stanowiącej różnicę pomiędzy kwotą należną Z. M. z tytułu kwot zatrzymanych i części niezapłaconej faktury VAT nr (...), tj. 1.560.233,88 zł, a kwotą należną pozwanemu, tj. 1.295.082,23 zł, stanowiącą sumę kwot zapłaconych przez pozwanego na rzecz wykonawców prac, które powinna była wykonać spółka Z. M. i faktury korygującej z dnia 29.11.2003 r. W związku z tym Syndyk Masy Upadłości wystąpił z niniejszym powództwem.

Po ogłoszeniu upadłości przedsiębiorcy i po wyznaczeniu przez sąd syndyka, syndyk jest stroną w postępowaniu cywilnym dotyczącym masy upadłości (por. postanowienie SN z dnia 24.06.1999 r., II CKN 358/99, OSNC 1999, Nr 12, poz. 219).

Roszczenie powoda, zgodnie z twierdzeniami zawartymi w pozwie, dotyczyły różnicy pomiędzy kwotami zatrzymanymi przez pozwanego w wysokości 1.560.233,88 zł a kwotą 1.295.082,23 zł – należną Centrum J..

***Bezsporne było, iż pozwany zatrzymał z faktur wystawionych przez Z. M. łącznie 1.306.699,54 zł.*** Uwzględniając kwotę 253.534,34 zł z faktury VAT nr (...) otrzymujemy kwotę 1.560.233,88 zł.

Pobieranie kaucji gwarancyjnych było uprawnieniem pozwanego, wynikającym z postanowień aneksu nr (...) z dnia 26.02.2003 r. do umowy o roboty budowlane. Kaucje gwarancyjne zostały wprowadzone po wykonaniu stanu surowego budynku. Wynosiły one 8% wartości netto faktury.

Faktura VAT nr (...), opiewająca na kwotę 3.866.398,78 zł brutto nie została zapłacona przez pozwanego, w sprawie XVI GC 666/05 (k. 229-257) powód dochodził od pozwanego kwoty 3.612.864,43 zł z tej właśnie faktury VAT, a więc kwoty, jaka miała pozostać z tej faktury po potrąceniu kwoty 253.534,34 zł. W niniejszej sprawie z tej faktury dochodzona była pozostała część należności w stosunku do roszczenia z tej faktury objętego postępowaniem w sprawie XVI GC 666/05.

Jak wynika z treści § 15 ust. 7 umowy, w brzmieniu wprowadzonym aneksem nr (...), kwoty zatrzymane przez Centrum J. miały być wypłacone generalnemu wykonawcy, tj. Z. M., w dwóch równych częściach, z tym, że pierwsze 50% po odbiorze końcowym prac będących przedmiotem umowy, zaś drugie 50% po dostarczeniu przez generalnego wykonawcę gwarancji bankowej na okres gwarancji i rękojmi.

W dniu 24.05.2004 r. został podpisany protokół odbioru robót etapu I, w którym komisja odbiorowa stwierdziła, że obiekt budowlany został wykonany w zakresie decyzji o pozwoleniu na budowę i zgodnie z innymi przepisami.

***W ocenie sądu I instancji niezasadny był zarzut pozwanego odnośnie faktury VAT nr (...) na kwotę 833.030,00 USD netto***, czyli 3.169.179,33 zł netto, tj. 3.866.398,78 zł brutto (po korekcie).

Zgodnie z § 12 umowy wynagrodzenie całkowite (ryczałtowe) strony ustaliły na kwotę 11.700.000,00 USD netto. Bez tej ostatniej faktury Z. M. wystawił na rzecz Centrum J. faktury VAT łącznie na kwotę 9.836.370,00 USD netto. W protokole z dnia 24.05.2004 r. strony jednoznacznie stwierdziły, że obiekt budowlany został wykonany w zakresie decyzji o pozwoleniu na budowę, w wyniku czego komisja dokonała odbioru końcowego I etapu robót będących przedmiotem umowy nr (...) (część III pkt 1.1. i 1.3.). Wartość prac, należących do etapu I, a które bezspornie nie zostały wykonane przez Z. M., wyniosła 562.300,00 USD netto.

Wartość prac etapu II, który miał być wykonywany przez Z. M. po dniu 30.04.2004 r., ustalona została na kwotę 468.300,00 USD netto (k. 390). W konsekwencji, pomniejszając wynagrodzenie należne generalnemu wykonawcy (11.700.000,00 USD) o łączną kwotę, na jaką zostały wystawione wszystkie faktury przed sporną fakturą (9.836.370,00 USD), wartość prac etapu I, które nie zostały przez generalnego wykonawcę wykonane (562.300,00 USD) i wartość prac etapu II (468.300,00 USD), otrzymujemy kwotę 833.030,00 USD netto, a więc dokładnie taką, na jaką została wystawiona faktura VAT nr (...). Zatem protokół odbioru wykonanych elementów robót nr 17 z dnia 31.05.2004 r., stanowiący rozliczenie finansowe robót odebranych na podstawie protokołu odbioru robót – etap I z dnia 24.05.2004 r., załączony do tej faktury, był prawidłowy. Zatem nie może budzić wątpliwości zasadność faktury

VAT nr (...) i wysokość kwoty z niej wynikającej. Skoro pozwany nie uiścił żadnej części tej kwoty, w odniesieniu do wyliczonej przez powoda kwoty „kaucji” z tej faktury (253.534,34 zł) można mówić o kwocie zatrzymanej przez pozwanego.

Skoro pozwany odstąpił od umowy łączącej go z Z. M., to dotyczyło to wyłącznie prac niewykonanych przez tą spółkę, a nie prac już przez nią wykonanych. W związku z tym protokół odbioru prac etapu I stanowił protokół końcowy robót, a więc w odniesieniu do faktury VAT nr (...) nie miał zastosowania powołany wcześniej zapis o tym, że wynagrodzenie rozliczane łącznie fakturami częściowymi nie mogło przekroczyć 90% wynagrodzenia ryczałtowego, skoro była to de facto faktura końcowa. Potwierdzeniem powyższego jest zapis § 20 ust. 5 umowy, zgodnie, z którym w przypadku odstąpienia od umowy, na podstawie przepisów § 12 generalnemu wykonawcy przysługiwało odpowiednie wynagrodzenie umowne za roboty wykonane zgodnie z umową.

Z materiału dowodowego wynika, że usterki określone w protokole z dnia 24.05.2004 r., jak również prace etapu I, których Z. M. nie wykonał, a które wynikały z tego protokołu, wykonał sam pozwany. Pierwsze 50% kaucji miało być zwrócone po protokolarnym potwierdzeniu usunięcia usterek i niedoróbek. Nie było zapisu, że kaucja zostanie zwrócona jedynie w sytuacji, gdy to Z. M. fizycznie usunie usterki, tylko gdy usterki zostaną usunięte (k. 222). W protokole z dnia 24.05.2004 r. mowa była o zwrocie kaucji gwarancyjnej generalnemu wykonawcy przez inwestora „po protokolarnym potwierdzeniu usunięcia usterek i niedoróbek”. Oznacza to, że jedynym warunkiem zwrotu zatrzymanych kwot był protokolarny odbiór wszystkich prac wskazanych w tym protokole, bez znaczenia pozostawało zaś, kto te prace faktycznie wykonał.

W związku z powyższym, skoro wszystkie prace objęte protokołem z dnia 24.05.2004 r. zostały faktycznie zakończone i budynek jest użytkowany, to po stronie pozwanego urzeczywistnił się obowiązek zwrotu połowy zatrzymanych kwot. Odbiory robót wykonywanych w ramach usterek i niedoróbek określonych protokołem z dnia 24.05.2004 r. i prac etapu II rozpoczęły się od dnia 17.11.2004 r. (k. 1064-1071, 1079-1085). Ostatnie prace zostały odebrane w dniu 14.02.2005 r. (k. 1082). Z dniem następnym powstał obowiązek zwrotu połowy zatrzymanych kwot, skoro w protokole z dnia 24.05.2004 r. mowa była o zwrocie tych kwot „po protokolarnym potwierdzeniu usunięcia usterek i niedoróbek”.

Podobnie, wbrew twierdzeniom strony pozwanej, urzeczywistnił się obowiązek zwrotu drugiej części zatrzymanych kwot. Zgodnie z zapisem zawartym w punkcie 1.6. części III powyższego protokołu, druga połowa kaucji gwarancyjnej miała być zwrócona generalnemu wykonawcy przez inwestora po dostarczeniu przez generalnego wykonawcę gwarancji bankowej na okres gwarancji i rękojmi. Gwarancja taka nie została przedstawiona przez generalnego wykonawcę. Okres rękojmi i gwarancji minął.

Druga połowa kaucji gwarancyjnej miała zabezpieczać okres rękojmi i gwarancji, a jeżeli generalny wykonawca przedłożyłby inne zabezpieczenie – właśnie w postaci gwarancji bankowej, automatycznie urzeczywistniałby się obowiązek zwrotu spółce Z. M. drugiej połowy zatrzymanych kwot. Skoro jednak generalny wykonawca tego nie uczynił, druga połowa zatrzymanych kwot zabezpieczała cały okres rękojmi i gwarancji, ale nie dłużej, gdyż inaczej zostałby wypaczony sens i cel tego zabezpieczenia. Skoro Z. M. wybrał jedną z dwóch alternatywnych form zabezpieczenia, to wpływało to jedynie na przesunięcie daty obowiązku zwrotu tych kwot przez Centrum J..

W § 18 umowy, generalny wykonawca udzielił gwarancji co do jakości wykonanych robót oraz dostarczonych urządzeń. Okres gwarancji wynosić miał 36 miesięcy dla całości robót budowlanych i montażowych, z wyłączeniem dachu, pokryć izolacyjnych i urządzeń technicznych, dla których okres ten wynosił 5 lat (dach i pokrycia izolacyjne) i według warunków gwarancji udzielanych przez dostawców/producentów (urządzenia techniczne). Natomiast zgodnie z zapisem punktu 1.5. części III protokołu, wykonawca udzielił rękojmi na wykonane roboty na czas określony w umowie nr (...), z wyłączeniem elementów robót zausterkowanych, dla których okres rękojmi biec miał od chwili protokolarnego potwierdzenia usunięcia usterek lub wykonania niedoróbki. Natomiast protokołem usterkowym prac etapu I nie był objęty dach.

Zatem okres rękojmi i gwarancji dla prac (poza dachem i pokryciem dachowym) minął najpóźniej z dniem 14.02.2008 r., a więc 3 lata po odbiorze ostatnich prac poprawkowych. Ponieważ jednak okres gwarancji na prace związane z dachem i pokryciem dachowym określony został na 5 lat, to okres ten miał 5 lat po odbiorze prac etapu I, tj. z dniem 24.05.2009 r. Z dniem następnym urzeczywistnił się obowiązek zwrotu drugiej połowy zatrzymanych kwot, jako że ewentualne niedoróbki związane z dachem (k. 1013-1015) miały charakter kosmetyczny i nie miały wpływu na bieg terminu gwarancji.

Powyższych obowiązków zwrotu zatrzymanych kwot nie niweczył fakt zapłaty przez pozwanego za wykonane prace.

Strona powodowa uznała w pozwie zasadność zaliczenia z tego tytułu kwoty 1.295.082,23 zł, a ciężar dowodu, że zaliczeniu podlega kwota wyższa spoczywał na stronie pozwanej. Pozwana nie wykazała zasadności innych prac, ani ich wartości.

Pozwana nie wykazała, aby faktycznie zapłaciła na rzecz wykonawców kwotę ponad 4.600.000,00 zł, a nawet gdyby okoliczność tę wykazała, to i tak wartość ta obejmowałaby prace uznane przez powoda, prace etapu II i prace określone w załączniku nr 5 do protokołu z dnia 24.05.2004 r.

Pozwana nie wykazała, aby zapłaciła na rzecz podwykonawców generalnego wykonawcy jakąkolwiek kwotę stanowiącą zadłużenie Z. M..

W konsekwencji, strona powodowa prawidłowo ustaliła zasadność kwoty dochodzonej pozwem, jak i wyliczyła jej wysokość. Syndyk dokonał potrącenia wymagalnych na dzień ogłoszenia upadłości wierzytelności zgodnie z art. 305 prawa upadłościowego i naprawczego (k. 1255-1256).

Tym niemniej zasadny był zarzut przedawnienia zgłoszony przez stronę pozwaną. Pozwany podniósł zarzut przedawnienia co do roszczenia o zwrot pierwszych 50% kaucji zatrzymanych, czyli de facto w odniesieniu do połowy dochodzonej kwoty. Pierwsza połowa zatrzymanych kwot stała się wymagalna z dniem 15.02.2005 r., zaś druga połowa z dniem 25.05.2009 r. Mając na względzie trzyletni termin przedawnienia związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej, wynikający z art. 118 k.c., przedawnienie roszczenia związanego ze zwrotem pierwszej części tych kwot nastąpiło z dniem 15.02.2008 r., zaś przedawnienie roszczenia związanego ze zwrotem drugiej części nastąpiłoby z dniem 25.05.2012 r. Pozew w niniejszej sprawie został wniesiony w dniu 24.05.2010 r., zatem w odniesieniu do drugiej części zatrzymanych kwot nastąpiło przerwanie biegu przedawnienia w rozumieniu art. 123 § 1 pkt 1 k.p.c. Skoro powód dokonał zbiorczego rozliczenia zatrzymanych kwot (k. 3, 75), to zgodnie z art. 451 § 3 k.c. zaliczenie kwot należnych pozwanemu następowało na najdalej wymagalne roszczenia. Ponieważ roszczenie z tytułu pierwszej połowy zatrzymanych kwot stało się przedawnione, zasądzeniu na rzecz powoda podlegała połowa dochodzonej pozwem kwoty, tj. 132.575,83 zł (po zaokrągleniu do pełnego grosza). Od tej kwoty należały się powodowi odsetki od dnia 25.05.2009 r., stosownie do treści art. 481 § 1 k.c., a więc od daty wymagalności drugiej części zatrzymanych kwot. W pozostałym zakresie powództwo uległo oddaleniu.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 100 k.p.c., rozdzielając je częściowo pomiędzy stronami i znosząc je w pozostałym zakresie.

### ***Apelacje od powyższego wyroku wniosły obie strony.***

***Centrum (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.*** zaskarżyła go w części, tj. w zakresie pkt I, III i IV zarzucając:

- sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, a w części - wobec ustaleń prawidłowo przyjętych - przeprowadzenie wadliwego wniosku, jako efekt naruszenia rygorów przepisów prawa cywilnego materialnego, postępowania oraz nakazów logicznego rozumowania, poprzez:

- wadliwe ustalenie, iż żądanie zasądzenia od Pozwanej kwoty 265.151,65 zł, jako zwrotu kaucji gwarancyjnej ukształtowanej Aneksem Nr (...) z 30.09.2002 r. do umowy z 09.05.2002 r. Nr(...) o (...) inwestycji budowlanej

i pobranej w wysokości 10% wartości zafakturowanych robót netto przy płatności każdej z faktur częściowych wystawionych przez Generalnego Wykonawcę jest tożsame z żądaniem faktycznie rozpoznany przez Sąd, podczas gdy Sąd ustalając odpowiedzialność Pozwanego orzekał na podstawie aneksu nr (...);

- rażące uchybienia przepisom postępowania, t.j.: art. 321 kpc i 479 § 1 kpc w zw. z art. 232 zd. 2 kpc, co miało wpływ na treść powyższych ustaleń i wyroku. Pozew został ukształtowany w oparciu o aneks Nr (...), zaś Sąd rozpoznał sprawę w zakresie aneksu nr (...) nie wskazując w toku postępowania na decyzje podejmowane z urzędu chociażby w zakresie postanowienia dowodowego.

- błędne ustalenie, iż wykonanie przez Pozwaną we własnym zakresie i za środki, którymi sama dysponowała usterek i niedoróbek o których mowa w załącznikach do Protokołu odbioru robót - Etap I z 24.05.2004 r. spowodowało uruchomienie i wymagalność roszczenia, oraz że powstał w związku z tym obowiązek zapłaty przez Pozwaną na rzecz Powoda 50% kwot kaucji gwarancyjnej, do zatrzymania których upoważnił Pozwaną aneks Nr (...) z 26.02.2003 r. do umowy z 09.05.2002 r. oraz Protokół odbioru w punkcie 1.6.

- błędne ustalenie, iż Protokół odbioru robót - Etap I z 24.05.2004 r. jest protokołem odbioru robót wykonanych przez Generalnego Wykonawcę, a faktura VAT Nr (...) datowana 31.05.2004 r. z datą sprzedaży 31.05.2004 r. z kwotą do zapłaty 3.612.864,44 zł, fakturą korygującą (...), wystawioną przez Z. (...) S.A. jako Sprzedawcą była prawidłowa i winna być w terminie zapłacona, jako opiewająca na prace wykonane, mimo niedopełnienia wymogów z umowy z 09.05.2002 r. o (...) inwestycji, mimo braku jakiegokolwiek udokumentowania. Błędne jest ustalenie Sądu, iż kwota 253.534,35 zł. (po korekcie) wpisana do faktury VAT nr (...) jest wymagalna w dniu wyrokowania od Pozwanej.

Sąd dowolnie, wbrew zasadom logicznego rozumowania i przy naruszeniu przepisów postępowania, a nadto prawa cywilnego materialnego zmienił treść i charakter prawny czynności i umów pomiędzy Z. (...) S.A. i Centrum (...) sp. z o.o., podjętych i realizowanych przez te strony przed 30.07.2004 r. i to w sposób niekorzystny dla Pozwanej. Sąd błędnie przyjął, że:

- protokół odbioru robót - Etap I z 24.05.2004 r. stał się końcowym protokołem odbioru całej budowy,

- faktura VAT (...), stała się fakturą w pełni udokumentowaną i zgodną ze zobowiązaniami stron i odzwierciedlała wymagalną należność,

- dokumenty o odbiorze prac budowlanych z 14.02.2005 r. chociaż dotyczyły innych stron wykonujących te prace uruchamiały roszczenie Z. (...) S.A.

- Z. (...) S.A., a w części także jego następca prawny Syndyk masy upadłości, którzy realnie zobowiązani byli z tytułu rękojmi i gwarancji za prace przez nich wykonane a nie byli zobowiązani za prace niewykonane (np. w zakresie usunięcia usterek i niedoróbek z protokołu odbioru robót Etap 1, ponieważ termin rękojmi i gwarancji nie zaczął biec w odniesieniu do tych robót) mieli roszczenie o zwrot drugiej części kaucji gwarancyjnej z aneksu Nr (...) i Protokołu odbioru robót - Etap 1.

Zdaniem apelującego Sąd błędnie ustalił daty, od których rozpoczął się bieg trzyletniego terminu przedawnienia dochodzonego roszczenia.

W ocenie skarżącej, w sytuacji skutecznego odstąpienia od umowy przez pozwaną w lipcu 2004 r. wszelkie roszczenia Z. M. winny być zgłoszone w terminie trzech lat od tej daty, a więc do końca lipca 2007 r., względnie na podstawie art. 646 zdanie drugie kc w związku z art. 656 § 1 kc licząc od dnia następnego po dniu określonego Umową terminu zakończenia budowy (II Etap), tj. od 28.02.2005 r., tj. do lutego 2008 roku. Powyższe niezależnie od rozróżnienia, czy dotyczą zwrotu pierwszej części kaucji gwarancyjnej czy drugiej - tak więc zarzut przedawnienia jest skuteczny wobec całości roszczeń.

Zdaniem apelującego teza Sądu, iż Protokół odbioru robót - Etap I z 24.05.2004 r. nie uzależniał uruchomienia roszczeń Z. (...) S.A. o zwrot kaucji gwarancyjnej od wykonania wymienionych tam usterek i niedoróbek przez ten



podmiot lub na jego zlecenie i koszt jest błędna. Sąd czyni takie założenie wbrew treści p.l .4.1 tego Protokołu i w oderwaniu od treści aneksu Nr (...) i obowiązków Generalnego Wykonawcy określonych umową z 09.05.2002 r.

Pozwana zarzuciła także naruszenie art. 328 § 2 k.p.c.

Apelująca wskazała na relacje pomiędzy niniejszym procesem, a rozpoznawaną przez Sąd II instancji sprawą XVI GC 666/05. W ocenie skarżącej Sąd wyrokujący w niniejszej sprawie powinien z urzędu rozważyć, czy wszczęte wcześniej postępowanie pomiędzy tymi samymi stronami, początkowo przy powództwie wzajemnym Centrum (...) Sp. z o.o., którego przedmiotem jest rozliczenie tej samej budowy na podstawie tych samych umów i dowodów, nie powinno powodować w całości odrzucenia pozwu w sprawie niniejszej. Apelująca z uwagi na powyższe zarzuciła nieważność postępowania na podstawie art. 379 pkt 3 k.p.c. wywodząc, że roszczenie o zapłatę spornej faktury rozpoznawane jest już we wcześniej zawisłej sprawie XVI GC 666/05.

Gdyby nawet nie zgodzić się z wywodem opisanym wyżej, to Sąd orzekający w tej sprawie niniejszej mając na względzie treść art. 177 § 1 k.p.c. powinien był z urzędu zawiesić postępowanie do czasu prawomocnego zakończenia sprawy XVI GC 666/05 oraz sprawy roszczeń Pozwanej zgłoszonych wobec Z. (...) S.A.

Skarżący zarzucił także uchybienie przepisom prawa materialnego, t.j.:

- art. 6 kc - w sytuacji kiedy Sąd orzekający wbrew ustalonym okolicznościom bezspornym obciąża Pozwaną ciężarem dowodów, a całkowicie zwalnia z tego obowiązku Powoda w zakresie wykazania że wszystkie prace Etapu I zostały wykonane,

- art. 65 § 1 i § 2 kc - kiedy Sąd nadaje oświadczeniu stron i brzmieniu umowy inne znaczenie niż wyrażone przez strony w czasie, kiedy czynności te były podejmowane i czyni to bez badania jaki był ich zgodny zamiar, w szczególności w odniesieniu do Protokołu odbioru robót - Etapu I z 24.05.2004r.,

- art. 488 § 1 kc przy uwzględnieniu zaistniałej przesłanki z § 1 art.488 kc - kiedy Umowa stron określa kolejność świadczeń z umowy wzajemnej. Uchybienie Sądu polegało na niezastosowaniu reguł tego przepisu przy ocenie prawa Pozwanej do zatrzymania płatności.

Apelująca wniosła o zmianę wyroku w części zaskarżonej i oddalenie powództwa przy jednoczesnym obciążeniu powoda kosztami postępowania w całości, względnie o uchylenie wyroku w części zaskarżonej i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania.

Ewentualnie pozwana wniosła o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie Wydział XVI Gospodarczy z dnia 16.03.2012 r. w granicach zaskarżenia i odrzucenie pozwu.

**Powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo** co do kwoty 132.575,82 zł wraz z ustawowymi odsetkami od tej kwoty, liczonymi od dnia 25.05.2009 r. oraz w części orzekającej o kosztach postępowania, tj. objętej pkt. II, III i IV wyroku, zarzucając:

I. obrażę art. 451 § 3 k.c. w zw. z art. 503 k.c., poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na przyjęciu, że powód dokonał zbiorowego rozliczenia zatrzymanych kwot, podczas gdy dokonując potrącenia, ani powód ani pozwana nie wskazali, które wierzytelności zaspokajają określone długi, tak więc w pierwszej kolejności winny zostać skompensowane wierzytelności najdalej wymagalne z długami najdalej wymagalnymi, a więc całość należności powoda, wynikających z pierwszej połowy kwot zatrzymanych, została skompensowana z wierzytelnościami pozwanej, zaś żądanie powoda w zakresie objętym pozwem, w całości obejmuje jego należności, wynikające z drugiej połowy kwot zatrzymanych, które nie uległy przedawnieniu;

II. obrażę art. 502 k.c., poprzez jego niezastosowanie, polegające na przyjęciu, iż roszczenie z tytułu pierwszej połowy kwot zatrzymanych uległo przedawnieniu, podczas gdy wierzytelność powoda z tego tytułu nie uległa przedawnieniu,

w chwili wystąpienia możliwości potrącenia, tj. w chwili kumulatywnego spełnienia przesłanek z art. 498 § 1 k.c., w stosunku do wzajemnych wierzytelności stron.

Powód wniósł o zmianę wyroku poprzez zasądzenie od Centrum (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz Syndyka Masy Upadłości „Z. M.” S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w G. W.. kwoty 265.151,65 zł wraz z ustawowymi odsetkami od tej kwoty liczonymi od dnia 25.05.2009r. do dnia zapłaty oraz kosztami procesu.

W postępowaniu apelacyjnym pozwana złożyła oświadczenie o zarachowaniu świadczenia spełnionego wskutek potrącenia ( k.1343). Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z tego oświadczenia.

### **Sąd Apelacyjny zważył:**

apelacja powoda nie jest zasadna i podlega oddaleniu z mocy art. 385 k.p.c., natomiast apelacja pozwanej jest uzasadniona w znacznej części, co pociąga za sobą zmianę zaskarżonego wyroku w oparciu o art. 386 par. 1 k.p.c.

Chybiony jest zarzut nieważności postępowania zgłoszony przez pozwaną. Pomiędzy roszczeniami dochodzonymi przez powoda w niniejszym postępowaniu oraz w sprawie I GC 666/05 Sądu Okręgowego w Warszawie, brak jest tożsamości przedmiotowej, nie było zatem podstaw do odrzucenia pozwu w oparciu o art. 199 par. 1 pkt 2 k.p.c.

W sprawie XVI GC 666/05 Sądu Okręgowego w Warszawie powód dochodził z faktury VAT (...) opiewającej na kwotę 3.866.398,78 zł. jedynie części należności w kwocie 3.612.864,43 zł., zaś w sprawie niniejszej dochodzi reszty z tej faktury w kwocie 253.534,35 zł. ( wywodząc, że owa reszta, to należne z tej faktury wynagrodzenie, zatrzymane przez pozwaną tytułem kaucji gwarancyjnej).

Chybiony jest zarzut pozwanej, że Sąd Okręgowy orzekł ponad żądanie ustalając odpowiedzialność pozwanej na podstawie aneksu nr (...) do umowy o generalne wykonawstwo inwestycji.

Wskazując podstawę faktyczną swego roszczenia powód wyraźnie odwołał się do aneksu nr (...) ( k.2), przedstawił zestawienie wystawionych przez siebie faktur i kwot zatrzymanych przez pozwaną na podstawie aneksu nr (...) oraz przytoczył okoliczności uzasadniające żądanie zwrotu kwot zatrzymanych. Sąd Okręgowy nie wyszedł poza podstawę faktyczną sporu.

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9.09.2011r., w sprawie XVI GC 666/05 uprawomocnił się przed rozpoznaniem apelacji w sprawie niniejszej.

Postanowieniem z dnia 21.02.2013r. sygn. I CZ 6/13 Sąd Najwyższy oddalił zażalenie strony powodowej na postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18.10.2012r. sygn. I A Ca 296/12 odrzucające apelację strony powodowej od wyroku w sprawie XVI GC 666/05.

Zgodnie z art. 365 par. 1 k.p.c. orzeczenie prawomocne wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy oraz inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach w ustawie przewidzianych także inne osoby.

Moc wiążąca prawomocnego orzeczenia sądu oznacza, że dana kwestia prawna kształtuje się tak, jak to przyjęto we wcześniejszym prawomocnym wyroku, co gwarantuje poszanowanie dla orzeczenia sądu ustalającego lub regulującego stosunek prawny stanowiący przedmiot rozstrzygnięcia. Określone w art. 365 § 1 k.p.c. związanie stron, sądów oraz innych organów i osób treścią prawomocnego orzeczenia wyraża nakaz przyjmowania przez nie, że w objętej nim sytuacji stan prawny przedstawiał się tak, jak to wynika z sentencji wyroku.

Skutkiem zasady mocy wiążącej prawomocnego wyroku jest to, że przesądzenie we wcześniejszym wyroku kwestii o charakterze prejudycjalnym oznacza, że w procesie późniejszym ta kwestia nie może być już w ogóle badana. Zachodzi tu zatem ograniczenie dowodzenia faktów, objętych prejudycjalnym orzeczeniem.

Sąd Okręgowy w sprawie XVI GC 666/05 rozstrzygał spór o zasadność roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za roboty objęte fakturą VAT nr (...). Skoro rozstrzygnął, że wynagrodzenie to nie jest należne i powództwo o zapłatę oddalił, to Sąd Apelacyjny jest rozstrzygnięciem tym związany i nie może ustalić, że powodowi należy się ta część wynagrodzenia objętego w/w fakturą, która zgodnie z aneksem nr (...) do umowy o generalne wykonawstwo inwestycji powinna być zatrzymana tytułem kaucji gwarancyjnej.

Sąd Okręgowy w sprawie XVI GC 666/05 ustalił, że Z. (...) S.A. w dniach 3 i 19 lutego 2003r. dokonał cesji wierzytelności wynikających z umowy nr (...) z tytułu realizacji robót budowlanych na Bank (...) S.A. celem zabezpieczenia kredytu krótkoterminowego obrotowego oraz wierzytelności banku z tytułu udzielonej linii gwarancyjnej dobrego wykonania umowy i wobec nie wykazania zwrotnego przelewu wierzytelności oraz ziszczenia się warunku rozwiązującego, nie ma legitymacji do żądania na swoją rzecz wynagrodzenia za roboty wykonane w ramach umowy nr (...).

W niniejszej sprawie powód nie dowodził, że doszło do zwrotnego przelewu wierzytelności, zatem Sąd Apelacyjny związany jest ustaleniem Sądu Okręgowego i wbrew temu ustaleniu nie może przyjąć, że powód posiada legitymację do żądania zwrotu kwoty 253.534,35 zł., rzekomo zatrzymanej z faktury VAT nr (...).

Niezależnie od tego, Sąd Okręgowy w sprawie XVI GC 666/05 wskazał, że roszczenie o zapłatę wynagrodzenia nie zostało udowodnione zarówno co do zasady jak i co do wysokości. Brak sporządzenia i sprawdzenia protokołu w sposób odpowiedni do postanowień umownych powoduje, że roboty objęte fakturą VAT (...) nie są możliwe do identyfikacji a w konsekwencji niemożliwe jest ustalenie wynagrodzenia za ich wykonanie, zaś Protokół odbioru robót - Etap I nie pozwala na ustalenie, jakie roboty powód w spornym okresie rzeczywiście wykonał.

W niniejszym postępowaniu powód nie przedłożył dokumentów, które pozwoliłyby na identyfikację robót objętych fakturą VAT (...), zatem Sąd Apelacyjny nie może odmiennie ustalić, iż sam fakt sporządzenia Protokołu odbioru robót - Etap I jest wystarczający do identyfikacji robót wykonanych przez powoda i do ustalenia należnego za nie wynagrodzenia.

Przede wszystkim jednak, skoro w sprawie XVI GC 666/05 oddalone zostało powództwo o zapłatę za roboty o wartości 3.612.864,43 zł., gdyż powód nie udowodnił, że wykonał roboty o takiej wartości, niedopuszczalnym jest ustalenie, że pozwany zatrzymał kwotę 253.534,35 zł. tytułem zabezpieczenia należytego wykonania owych robót ( brak jest bowiem przedmiotu gwarancji). Zgodnie z aneksem nr (...) ( k.39) pozwany mógł potrącać „z płatności faktur” kwoty w wysokości 8 % wartości zafakturowanych.

Z uwagi na powyższe, ustalenia sądu I instancji co do wysokości kwot zatrzymanych przez pozwaną nie są prawidłowe. Należy przyjąć, że pozwana zatrzymała jedynie kwotę 1.306.699,53 zł. ( 1.560.233,88 – 253.534,35 z faktury VAT (...) = 1.306.699,53 zł.).

Skoro powód potrącił ze swej wierzytelności wierzytelność pozwanej w kwocie 1.295.082,23 zł., pozostała mu jedynie kwota 11.617,30 zł. i tylko takiej kwoty może domagać się tytułem zwrotu kwot zatrzymanych w oparciu o aneks nr (...).

Rację ma sąd I instancji, że roszczenie o zwrot pierwszej części kwot zatrzymanych, wymagalnych po odbiorze końcowym prac ( według aneksu (...), a zgodnie z Protokołem odbioru robót – Etap I po protokolarnym potwierdzeniu usunięcia usterek i niedoróbek ( k.52) uległa przedawnieniu z dniem 15.02.2008r. tj. po upływie 3 lat od dnia odbioru ostatnich prac (k. 1082). W tym zakresie ustalenia i rozważania sądu I instancji są prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne z tym, że wskazuje, iż oddalenie powództwa w tej części nie następuje na skutek przedawnienia lecz na skutek przyjęcia, że należność ta uległa umorzeniu wskutek potrącenia dokonanego przez Syndyka.

Rację ma sąd I instancji, że roszczenie o zwrot drugiej części kaucji wobec nie dostarczenia przez generalnego wykonawcę gwarancji bankowej stało się wymagalne z upływem 5 letniego okresu gwarancji tj. z dniem 24.05.2009r. i nie uległo przedawnieniu.

Sąd Apelacyjny nie podziela zarzutu strony pozwanej, że w sytuacji skutecznego odstąpienia przez pozwaną od umowy, wszelkie roszczenia winny być zgłoszone w terminie 3 lat od tej daty. Jak trafnie wskazał sąd I instancji odstąpienie od umowy mogło dotyczyć jedynie prac nie wykonanych, natomiast kaucja gwarancyjna miała zabezpieczać okres rękojmi i gwarancji prac wykonanych i odebranych przez inwestora i w sytuacji braku gwarancji bankowej podlegała zwrotowi po upływie okresu gwarancji i rękojmi, po ewentualnym potrąceniu przez inwestora wydatków poniesionych na usunięcie usterek i wad, które ujawniły się w tym okresie i nie zostały usunięte przez generalnego wykonawcę.

W aneksie nr (...) strony uzgodniły, że w razie zapłaty dokonanej przez Inwestora na rzecz podwykonawców Inwestor dokona potrącenia kwoty zapłaty z najbliższej należności generalnego wykonawcy ( par. 5 k. 41). Gdyby zatem potrącenia dokonywała pozwana, to nie mogłaby skutecznie dokonać zaliczenia w sposób sprzeczny z postanowieniami umowy. Przez najbliższą należność generalnego wykonawcy, należy rozumieć należność, której termin wymagalności jest najbliższy terminowi wymagalności potrącanej wierzytelności inwestora.

Powód dokonał potrącenia wierzytelności pozwanej z tytułu kwot zapłaconych przez pozwaną na rzecz wykonawców prac, które powinna była wykonać pozwana, z własną wierzytelnością z tytułu zwrotu zatrzymanych kwot i sąd I instancji przyjął, że zaliczenie kwot należnych pozwanemu następowało na najdalej wymagalne roszczenia zgodnie z art. 451 par. 3 k.c.

W ocenie Sadu Apelacyjnego należy przyjąć, że oświadczenie o potrąceniu zostało złożone przez Syndyka najpóźniej w pozwie ( pozew podpisany został przez Syndyka a z jego treści wynika, które należności pozwanej ulegają potrąceniu, z którymi należnościami powoda ( k.3 i 4).

Zgodnie z art. 499 k.c. oświadczenie o potrąceniu ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe. Zaś zgodnie z art. 502 k.c., wierzytelność przedawniona może być potrącona, jeżeli w chwili gdy potrącenie stało się możliwe, przedawnienie jeszcze nie nastąpiło. W chwili gdy wierzytelności powoda były wymagalne i nie przedawnione, wymagalne były również wierzytelności pozwanej, więc potrącenie wzajemnych wierzytelności było możliwe.

Zgodnie z art. 60 k.c. oświadczenie woli o potrąceniu może być złożone w dowolnej formie, byleby w sposób dostateczny ujawniało wolę osoby korzystającej z potrącenia, a zatem jeżeli potrącający ma kilka wierzytelności nadających się do potrącenia z jedną lub kilkoma wierzytelnościami drugiej strony, powinien w swoim oświadczeniu wskazać wierzytelności, których potrącenie ma dotyczyć. Oświadczenie syndyka zawarte w pozwie spełnia w/w warunki skutecznego oświadczenia o potrąceniu.

W świetle art. 498 § 1 k.c. nie budzi wątpliwości, że wystarczającym warunkiem skuteczności potrącenia, także w sytuacji posiadania kilku potrącalnych wierzytelności, jest wskazanie przez potrącającego, których jego wierzytelności dotyczy potrącenie. Wyraża to bowiem w sposób dostateczny zarówno wolę dokonania potrącenia, jak i określa, które jego wierzytelności ulegają umorzeniu wskutek potrącenia. Nie jest natomiast konieczne wskazanie, która określona wierzytelność, jest potrącana, z którą wierzytelnością drugiej strony. Innymi słowy przy zgłoszeniu do potrącenia kilku wierzytelności w sytuacji posiadania kilku długów, nie jest wymagane do skuteczności potrącenia wskazanie, w jaki sposób powinny być one względem siebie potrącone, a więc nie jest konieczne szczegółowe przyporządkowanie określonej wierzytelności konkretnemu długowi. Nie określenie tego oznacza jedynie, że potrącający nie wskazał, które konkretne długi mają być zaspokojone przez zgłoszone do potrącenia określone wierzytelności, a zatem, jeżeli wierzytelności te nie wystarczają na zaspokojenie wszystkich długów, odpowiednie zastosowanie znajdzie art. 451 k.c., poprzez odesłanie zawarte w art. 503 k.c.

Oświadczenie o zaliczeniu złożone w postępowaniu apelacyjnym przez pozwaną nie może odnieść skutku prawnego albowiem Syndyk dokonując potrącenia zaspokoił cały dług, który miał względem pozwanej. Gdyby potrącenia dokonywała pozwana to mogłaby wskazać, który ze swoich długów względem powoda pragnie zaspokoić ale sytuacja taka w sprawie nie zachodzi.

Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego III CZP 106/12 z 20.02.2013r. LEX nr 1308125, jeżeli składający oświadczenie o potrąceniu ma kilka długów może, ale nie jest obowiązany, wskazać, który z nich chce spłacić w wyniku potrącenia. Jeżeli tego nie uczynił, zgodnie z art. 503 k.c. odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy art. 451 k.c. o sposobie zaliczania zapłaty. Jednakże nie ulega wątpliwości, że **art. 451 k.c. ma odpowiednie zastosowanie tylko w sytuacji, gdy świadczenie dłużnika, a więc w przypadku potrącenia, jego wierzytelność, jest niższa od sumy jego długów.** Jeżeli natomiast suma jego długów jest niższa lub równa jednej lub sumie kilku jego wierzytelności zgłoszonych do potrącenia, przepisy art. 451 k.c. w ogóle nie znajdują zastosowania, gdyż wierzytelności zgłoszone do potrącenia pozwalają na spłatę wszystkich długów potrącającego i problem zaliczenia zapłaty na długi w ogóle nie powstaje. Sąd Okręgowy wadliwie zatem zastosował art. 451 par.3 k.c. Zgodnie z art. 498 par. 2 k.c. wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej.

Już tylko na marginesie należy wskazać, że samo sporządzenie pokwitowania i próba jego wręczenia dłużnikowi – nie są wystarczające dla przyjęcia, że to wierzyciel decyduje o sposobie zarachowania (por. K. Zagrobelny (w:) Kodeks..., s. 821; wyrok SA w Poznaniu z dnia 11 października 2005 r., I ACa 746/2005, OSA 2006, z. 11, poz. 39, s. 21). Samo wysłanie przez wierzyciela pokwitowania pocztą, nawet gdy doszło do skutecznego doręczenia go dłużnikowi, nie przesądza o przyjęciu pokwitowania. Dłużnik może je odesłać bądź w inny sposób wyrazić swój sprzeciw, np. powiadamiając wierzyciela, że pokwitowania nie przyjmuje, zachowując w ten sposób swoje uprawnienie do wskazania sposobu zarachowania (por. K. Zagrobelny (w:) Kodeks..., s. 821; M. Piekarski (w:) Kodeks..., s. 1136). W orzecznictwie wskazuje się, że pomiędzy spełnieniem świadczenia przez dłużnika, który nie wskazał na poczet, którego z wielu długów dokonał zapłaty, a wystawieniem przez wierzyciela pokwitowania winno zachodzić bezpośrednie następstwo czasowe. W przeciwnym razie należy przyjąć, że żadna ze stron nie skorzystała z możliwości wyboru przewidzianej w art. 451 k.c. (wyrok SA w Poznaniu z dnia 11 października 2005 r., I ACa 746/2005, OSA 2006, z. 11, poz. 39, s. 21). W innym judykacie przyjęto wręcz, że dłużnik powinien otrzymać pokwitowanie natychmiast z chwilą spełnienia świadczenia (wyrok SN z dnia 27 listopada 2002 r., I CKN 133/2000, LEX nr 75340). Gdyby zastosowanie w sprawie znajdował art. 451 par. 3 k.c. (co nie ma miejsca), to należałoby wskazać, że powód nie zgodził się na to, by zgodnie z żądaniem pozwanej potrącenie wierzytelności pozwanej nastąpiło w pierwszej kolejności z wierzytelnościami powoda wymagalnymi od maja 2007r. a poza tym pokwitowanie pozwanej byłoby spóźnione.

Po dokonaniu potrącenia obie wierzytelności zgodnie z art. 498 par. 2 k.c. umorzyły się do wysokości wierzytelności niższej, zatem powodowi należy się kwota 11.617,30 zł. Jest to reszta z kaucji podlegającej zwrotowi po upływie okresu gwarancji i rękojmi i taka po korekcie zaskarżonego wyroku przez Sąd Apelacyjny została zasądzona z ustawowymi odsetkami od 25.05.2009r. tj. od daty wymagalności drugiej części zatrzymanych kwot zgodnie z art. 455 k.c. i art. 481 par. 1 k.c., zaś w pozostałym zakresie tj. co do kwoty 120.958,70 zł. zasądzonej zaskarżonym wyrokiem, powództwo uległo oddaleniu jako niezasadne. Jako bezzasadna uległa również oddaleniu apelacja powoda w całości.

Sąd Apelacyjny przyjął za własne jedynie te ustalenia faktyczne poczynione przez sąd I instancji, które nie pozostają w sprzeczności z ustaleniami przytoczonymi w treści niniejszego uzasadnienia.

Zmiana wyroku w punkcie pierwszym pociągnęła za sobą zmianę rozstrzygnięcia o kosztach procesu. Powód wygrał w 4,38% należy mu się 581 zł. tytułem opłaty od kwoty zasądzonej i 316 zł. tytułem kosztów zastępstwa procesowego, razem 897 zł. Pozwanemu należy się kwota 6901 zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, po kompensacie wzajemnych należności powód winien zapłacić pozwanemu 6004 zł. w oparciu o art. 100 k.p.c.

W II instancji powód przegrał swoją apelację w 100%, pozwany wygrał swoją apelację w 91,24%. Pozwanemu należy się zwrot opłaty od apelacji w kwocie 6048 zł. liczonej od uwzględnionego żądania oraz zwrot kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 5400 zł., bo uległ w nieznacznej części swego żądania, dlatego łącznie zasądzono od powoda na rzecz pozwanego kwotę 11.448 zł.