

*Sygn. akt VII AGa 337/18*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 6 listopada 2018 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:*

*Przewodniczący SSA Ewa Zalewska (spr.)*

*Sędziowie: SA Tomasz Wojciechowski*

*SO (del.) Paweł Iwaniuk*

*Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Mikiciuk*

*po rozpoznaniu w dniu 25 października 2018 roku w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z.*

*przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W. i R. M.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji pozwanej (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 1 września 2016 r., sygn. akt XVI GC 682/14*

**I. zmienia zaskarżony wyrok częściowo:**

a) *w punkcie pierwszym w ten tylko sposób, że odsetki ustawowe od kwoty 169.432,00 zł (sto sześćdziesiąt dziewięć tysięcy czterysta trzydzieści dwa złote) zasądza od dnia 4 maja 2012 r. i oddala powództwo o odsetki ustawowe od tej kwoty za okres od dnia 1 października 2011 r. do dnia 3 maja 2012 r.;*

b) *w punkcie drugim w ten tylko sposób, że odsetki ustawowe od kwoty 72.613,35 zł (siedemdziesiąt dwa tysiące sześćset trzynaście złotych trzydzieści pięć groszy) zasądza od dnia 19 maja 2014 r. i oddala powództwo o odsetki ustawowe od tej kwoty za okres od dnia 15 września 2013 r. do dnia 18 maja 2014 r.;*

**II. oddala apelację w pozostałej części;**

**III. zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. kwotę 8.100 zł (osiem tysięcy sto złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

*Sygn. akt VII AGa 337/18*

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 27.09.2013r. (data stempla pocztowego na kopercie k.124), rozszerzonym następnie pismem z dnia 21.12.2015 r. (k. 421) oraz sprecyzowanym na rozprawie w dniu 14.03.2016 r. (protokół k. 480) (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Z. (dalej: G. lub powód) domagała się zasądzenia solidarnie od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. (poprzednio: Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w P., dalej: P. lub pozwana) kwoty 242.044,50 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 169.431,15 zł od dnia 01.10.2011r. do 31.12.2015r. i z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od tej kwoty od dnia 01.01.2016r. do dnia zapłaty oraz ustawowymi odsetkami od kwoty 72.613,35 zł od dnia 16.09.2013r. do 31.12.2015 r. oraz ustawowymi odsetkami za opóźnienie od tej kwoty od dnia 01.01.2016 r. do dnia zapłaty, tytułem zwrotu 100% kwoty zatrzymanej jako zabezpieczenie prawidłowego wykonania robót budowlanych (kaucji). Powódka wniosła także o zasądzenie trzykrotności kosztów zastępstwa procesowego.

Uzasadniając wytoczenie powództwa G. wskazała, że łączyła ją z P. umowa podwykonawstwa na roboty budowlane – wykonanie biogazowni rolniczej o mocy 0,93 MW w gminie S. (wykonanie cylindrycznych zbiorników), aneksami do której rozszerzono zakres prac o wykonanie robót drenażowych, dostawę i montaż rury ciśnieniowej do gnojowicy pod dnem zbiorników. Na zabezpieczenie ww. umowy strony ustaliły, iż P. będzie potrącać 10% wartości brutto z każdej wystawianej przez powódkę faktury – pozwana zatrzymała łącznie kwotę 242.044,50 zł. Ostatni z protokołów obioru prac został podpisany przez strony bez uwag w dniu 31.08.2011r., co wg powódki oznacza, że w ciągu 30 dni od wskazanej daty pozwana P. powinna zwolnić 70% zatrzymanej kwoty kaucji tj. 169.431,15 zł. Pozostałe 30% kwoty gwarancji tj. 72.613,35 zł powinno być zwrócone w terminie 15 dni po upływie okresu gwarancji udzielonej przez powódkę, który wynosił 24 miesiące i upłynął z dniem 15.09.2013 r. P. nie wypłaciła ww. kwot pomimo wezwań do zapłaty, zatem powódka wystąpiła na drogę postępowania sądowego. Roszczenie o solidarne zasądzenie od R. M. – inwestora opisanych robót budowlanych – G. wywodziła z art. 647<sup>1</sup> § k.c. (pozew k. 2-124; rozszerzenie powództwa k. 421-425, protokół rozprawy

14/03/2016 r. k. 480, KRS pozwanego po przekształceniu w (...) sp. z o.o. (k. 326-339)

Pozwany R. M. w odpowiedzi na pozew (k.160) domagał się oddalenia powództwa w całości oraz zasądzenia kosztów sądowych. Pozwany zarzucił m.in., iż warunkiem możliwości domagania się od niego kwoty roszczenia jest jego bezsporność, a tym czasem kwota której domaga się od niego strona powodowa jest sporna między nią a drugim pozwanym P.. Ponadto podniósł, że powódka nie dostarczyła P. kompletnego projektu zbiorników, więc nie można uznać, że należycie zrealizowała umowę. Wywiódł także, że solidarna odpowiedzialność inwestora ograniczona jest do zapłaty wynagrodzenia, które powódka w całości otrzymała, a nie może ona dotyczyć wszelkich innych roszczeń pieniężnych związanych z realizowaniem umowy np. kar umownych czy kaucji gwarancyjnych. Wskazał także, że P. nie przedstawiła powoda jako podwykonawcy na inwestycji, nie przedstawiono mu dokumentacji dotyczącej wykonania robót, zatem przedstawienie jej inwestorowi przez G. jest nieskuteczne ergo nie można w świetle art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. stwierdzić, aby zaistniały przesłanki do uznania jego solidarności jako inwestora z (...)A.. (odpowiedź na pozew k. 160-167)

W odpowiedzi na pozew (k.170) P. domagała się oddalenia powództwa w całości oraz zasądzenia kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. Przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy pozwana podniosła zarzut niewłaściwości Sądu Okręgowego w Poznaniu. W dalszej kolejności podniosła zarzuty braku legitymacji prawnej powoda ze względu na cesję należności objętych pozwem, niewykonanie całości robót objętych umową w dniu 30 sierpnia 2011 r., w szczególności poprzez niewykonanie projektu wykonawczego zbiorników żelbetowych wraz z niezbędnymi obliczeniami, wywodząc, że prace te nie zostały wykonane do dnia zakończenia prowadzenia budowy przez pozwaną, czyli do dnia 3 kwietnia 2012 r. Podnosiła także brak skwitowania przez pozwaną należytego wykonania zadania inwestycyjnego, brak możliwości żądania odsetek za okres od 1 października 2011 r., skoro z umowy wynikało, że 70% zabezpieczenia miało zostać uwolnione po wykonaniu całej Inwestycji, o czym można by mówić dopiero od dnia 3 kwietnia 2012 r., gdyby powódka wykonała prace objęte umową i od tej daty mógłby zacząć bieć termin zwrotu kaucji gwarancyjnej. Pozwana ponadto podniosła, że złożyła powódce w dniu 12 marca 2012 r. oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w wysokości 174.283,50 zł przysługującej pozwanej z tytułu faktur (...) z kaucją gwarancyjną, której powódka dochodzi w pozwie, wyjaśniając, że wierzytelności zgłoszone

do potrącenia wynikają z faktu zwrotu Inwestorowi wynagrodzenia wypłaconego powódce w wysokości 130.600 zł oraz za wynajmem sprzętu na rzecz powódki (odpowiedź na pozew k. 170-229, pismo procesowe 439-446)

Postanowieniem z dnia 11/04/2014 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu uznał się niewłaściwym do rozpoznania sprawy i przekazał ją do Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt IX GC 1106/13) (postanowienie k. 252-253).

Wyrokiem z dnia 01 września 2016 r., Sąd Okręgowy w Warszawie w punkcie pierwszym zasądził solidarnie od pozwanych (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. kwotę 169 432,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 1 października 2011r. do dnia 31 grudnia 2015r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty. W punkcie drugim zasądził solidarnie od pozwanych (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz powoda (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. kwotę 72.613,35 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 15 września 2013r. do dnia 31 grudnia 2015r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 01 stycznia 2016r. do dnia zapłaty oraz obciążył solidarnie pozwanych kosztami procesu w całości, pozostawiając ich wyliczenie referendarzowi sądowemu.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło po dokonaniu przez Sąd Okręgowy następujących ustaleń faktycznych.

R. M., prowadzący działalność gospodarczą jako Gospodarstwo Rolne (...) (wydruk z (...) k. 111) zlecił Przedsiębiorstwu (...) Spółce Akcyjnej (KRS. k. 103-110) w ramach prowadzonej przez nią działalności gospodarczej realizację inwestycji pt. Budowa B. rolniczej o mocy 0,93 MW w K. gm. S.. Powódka (...) sp. z o.o. (KRS k. 100-110) na ww. inwestycji pracowała jako podwykonawca. Umową z dnia 14/12/2010 r. (...)A. zleciła G. kompleksowe wykonanie cylindrycznych zbiorników żelbetowych, budynku pompowni ze schodami zewnętrznymi wraz z ich niezbędnym wyposażeniem funkcjonalnym z wyłączeniem wyposażenia technologicznego, a w szczególności organizacja zaplecza budowy, wykonanie niezbędnych tymczasowych dróg i placów manewrowych zabezpieczających prowadzenie całości budowy, wykonanie projektu wykonawczego zbiorników żelbetowych wraz z niezbędnymi obliczeniami i zatwierdzenie go przez Biuro (...), wykonanie pólek z betonu wraz z niezbędnymi jego badaniami oraz zatwierdzenie swojej technologii betonu przez Biuro (...), opracowanie harmonogramu robót w terminie do 23/12/2010 r., wbudowanie zbiorników cylindrycznych żelbetowych, wykonanie budynku pompowni wraz ze schodami zewnętrznymi, wykonanie robót wykończeniowych ww. budowli, wykonanie niezbędnych dylatacji, izolacji poziomych i pionowych przeciwwilgociowych i termicznych, wykonanie niezbędnej zagęszczonej podsypki wraz z chudym betonem pod ww. budowlę. Terminy poszczególnych prac zostały wskazane na 31.12.2010r. i 15.04.2011r. Za kompleksowe wykonanie całości przedmiotu umowy ustalono ryczałtowe wynagrodzenie w wysokości 1.950.000 zł + VAT. Płatności za wykonany i odebrany przedmiot Zlecenia miały być dokonane w ciągu 14 dni od daty otrzymania przez zleceniodawcę bezusterkowym protokołem odbioru częściowego/końcowego.

Za niewywiązanie się z terminu realizacji przedmiotu zlecenia G. miał zapłacić (...)A. karę umowną w wysokości 0,2% brutto wartości zlecenia za każdy dzień zwłoki, ale nie więcej niż 20% wartości zlecenia. G. udzielił gwarancji i rękojmi na wykonany przedmiot zlecenia na okres 24 mies. licząc od daty bezusterkowego odbioru końcowego całej inwestycji. G. zobowiązał się dostarczyć (...)A. w terminie do 10 dni od daty otrzymania zlecenia zabezpieczenie należytego wykonania i usunięcia usterek w wysokości 10% brutto wartości zlecenia w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, ważnej odpowiednio na okres realizacji robót do dnia podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego całej inwestycji. W przypadku niedostarczenia ww. gwarancji (...)A. miała prawo zatrzymać z pierwszej i/lub kolejnej faktury G. łączną kwotę w wysokości jw. na ten sam okres. Zmiany i uzupełnienia umowy wymagały aneksu w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Umowa w tak skróconej formie została zawarta z uwagi na problemy z projektem oraz brak możliwości określenia całkowitego kosztu wykonania. ( umowa zatytułowana „zlecenie” k. 8-11)

Inwestycja nie została rozpoczęta w terminie zgodnym z oczekiwaniami inwestora i generalnego wykonawcy. Powód otrzymał projekt architektoniczny, na podstawie którego wykonał rysunki warsztatowe poszczególnych elementów żelbetowych. Projekt z uwagi na ukształtowanie terenu oraz modyfikacje konstrukcyjne był modernizowany na bieżąco. (dowód:, zeznania świadka W. O. (1) 01:41:46 protokół rozprawy k. 394 )

Powódka weszła na budowę w dniu 10/01/2011r. i przystąpiła do realizacji zleconych robót. Pracownicy powódki na budowie nosili kamizelki z oznaczeniem swojej firmy (...). Tekst umowy zawartej przez G. i (...)A. był dostępny w biurze budowy. Na inwestycji codziennie bywał inwestor R. M.. Na budowie z ramienia pozwanej (...)A. inżynierem budowy był D. K., który z racji pełnionych obowiązków uczestniczył w odbiorach robót. Kierownikiem robót był pracownik pozwanej P. A. P.. Inspektorem nadzoru inwestorskiego był T. Z. (1). Na budowie prace realizowali też inni podwykonawcy. (dowód: pismo (...)A. z dnia 10/02/2011 r. k. 228, zeznania świadka D. K. k. 342., częściowo zeznania świadka A. B. protokół rozprawy k. 391 00.36.13 )

W dniu 15/12/2010r. powódka wystawiła (...)A. fakturę nr (...) na kwotę 549.000 zł za I etap budowy na podstawie protokołu z dnia 15/12/2010 r. – roboty przyjęte bez uwag. Faktura wpłynęła do pozwanego (...)A. w dniu 20/12/2010 r. Strony uzgodniły, że płatność następowała, jeśli do faktury VAT był dołączony protokół odbioru. W. O. (2) z ramienia (...), z panem P. z ramienia (...) w trakcie pobytów na budowie uzgadniali procentowo stopień zaawansowania robót a następnie powódka wystawiała fakturę, która była dostarczana pozwanej (...)A.. (faktura, protokół odbioru częściowego k. 17-19, zeznania świadka D. K. k. 342, zeznania świadka W. O. (1) 01:41:46 protokół rozprawy kr 396)

Z każdej faktury od razu na początku było potrącanie 10%, więc powódka dopłacała VAT we własnym zakresie. Praktyka ta, mimo zastrzeżeń powódki, była stosowana przez pozwaną (...)A.. (dowód: zeznania świadka W. O. (2) protokół rozprawy z dnia kr , 01:31:02 kr protokół rozprawy kr 395)

Powódka i (...)A. uzgodniły, że w przypadku zmian, (...)A. dopłaci za dodatkowe roboty, gdyż wycena została zrobiona na podstawie projektu niemieckiego i polskiego – zgodnie z nim ściany były grubości 20 cm, pręty zbrojeniowe miały # 10-12 i płyta denna 30 cm. Te parametry, jak okazało się w trakcie budowy, musiały zostać zmienione. Na roboty żelbetowe składały się trzy zbiorniki, waga na 60 ton, wykonanie pokrywy, w środku pompownia z zadaszeniem stropem żelbetowym – w stanie surowym. (dowód: zeznania świadka W. O. (2) 01:18:24, 02:00:13, zeznania strony B. O. 00:10:56)

W notatce służbowej z dnia 12/01/2011 r., sporządzonej pomiędzy (...)A. a G., strony powołując się na protokół z narady z dn. 11/01/2011 r. ustaliły konieczność wykonania dodatkowego odwodnienia jako warunku niezbędnego do rozpoczęcia robót budowlanych przez G.. Strony uzgodniły, że rozliczenie kosztów tych robót nastąpi kosztorysem powykonawczym w ramach rozszerzenia zlecenia. (dowód: notatka służbowa k. 68)

Oświadczeniem z dnia 27/01/2011 r. (...)A. potwierdziła, że roboty objęte umową, których wykonawcą jest G. są realizowane zgodnie z zapisami kontraktu i harmonogramem oraz brak jest przesłanek do skorzystania z gwarancji należytego wykonania kontraktu wystawionej przez (...) S.A. Oddział w Z. (dowód: oświadczenie (...)A. k. 16.)

Pismem z dnia 14/02/2011 r. inwestor wezwał (...)A. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie postępu prac na inwestycji budowy biogazowni w K.. (dowód: pismo inwestora k. 51)

Powód wystawił (...)A. w dniu 02/03/2011 r. fakturę na kwotę 738.000 zł za etap II budowy na podstawie protokołu z dnia 02/03/2011 r. – roboty zostały przyjęte bez uwag i zastrzeżeń. Faktura wpłynęła do pozwanego (...)A. w dniu 07/03/2011 r. (faktura, protokół odbioru częściowego k. 20-22).

Przedmiotem prac powoda było wykonanie trzech zbiorników żelbetowych o średnicy 45 m, 30 m i 14 m. W pierwszej wersji projektu zbiorniki miały być usadowione na powierzchni i przykryte na głębokość 1-1,2 m. Ponieważ inwestor i (...)A., rozpoczęli roboty ziemne, po których okazało się, że grunt nie ma nośności, to w związku z tym powód zlecił wykonanie odwiertów. W konsekwencji projekt należało zmienić w ten sposób, że zbiorniki miały zostać usadowione na około 6 m w głąb gruntu. Po przeliczeniach wynikłych w trakcie realizacji okazało się, że ściana zbiornika musi mieć grubość 30 cm, płyta denna 40 cm, a ze względu na chemię i agresywne środowisko otulina zbiornika musi mieć 5 cm. W trakcie wykonywania projektu powódka musiała zmienić również płyty przykrywające zbiornik, gdyż wprowadzono wagę o ciężarze 60 ton na płytę. Zmiany te wprowadzono w trakcie projektowania. Projekt, który otrzymał powód przewidywał takie rozwiązanie, ale nie dotyczył zbiornika. Roboty dekarские na tych zbiornikach nie

wchodziły w zakres robót żelbetowych i powód ich nie wyceniał. Zakres prac powoda miał być taki, jak w projekcie wykonawczym. Zbiorniki 45 m i 14 m miały zostać zadaszone płytą żelbetową, jeden zbiornik miał być otwarty. Do wykonania zbiorników został zastosowany beton o bardzo wysokiej klasie wodoszczelności W13, z dodatkami chemii uszczelniającymi. (...) był wytworzony w betoniarni robiącej beton na mosty, a receptura została opracowana przez projektantów. Powód dodatkowo zastosował włókna przeciwskurczowe, które zmniejszyły możliwość drobnego pęknięcia betonu. (dowód: zeznania świadka W. O. (2) 01:21:55, 02:01:15, 02:04:35)

Protokołem z rady budowy z dnia 17/03/2011 r. komisja składająca się z przedstawicieli (...)A., (...), G., inspektora nadzoru i inwestora stwierdziła, iż wszystkie zmiany projektowe zostały zatwierdzone przez projektanta p. Franza S.. Pismem z dnia 17/03/2011 r. powód przekazał inwestorowi kopie dokumentów dot. zlecenia z dnia 14/12/2010 r. nr (...). Na radzie budowy w dniu 31/03/2011 r. stwierdzono przekazanie przez G. harmonogramu robót na wykonanie zbiorników i pompowni, przy czym wobec uwag (...) harmonogram pod względem realizacji i możliwości wykonawczych miał zostać ponownie przeanalizowany. (dowód: pismo k. 50, protokół z rady budowy k. 81-82 i 85-86, harmonogram k. 217, 226-227)

Powódka wystawiła (...)A. w dniu 04/04/2011 r. fakturę nr (...) na kwotę 553.500 zł za kolejny etap budowy na podstawie protokołu z dnia 04/04/2011 r. – roboty przyjęte bez uwag i zastrzeżeń. Faktura wpłynęła do pozwanej (...)A. w dniu 05/04/2011 r. (faktura, protokół odbioru częściowego k. 23-25)

Protokołem z rady budowy z dnia 07/04/2011 r. komisja stwierdziła, że G. przedstawiła szczegółowy harmonogram prac na zbiornikach – zakończenie robót miało nastąpić 08/06/2011 r. Powódka została zobowiązana do zwiększenia ilości zatrudnionych robotników oraz używanego sprzętu w celu dotrzymania terminów. Protokołem z dnia 14/04/2011 r. stwierdzono, iż mimo trudności powódka nadal gwarantuje dotrzymanie terminu zakończenia robót. Protokołem z dnia 05/05/2011 r. komisja ustaliła, że G. ma sprowadzić dodatkową ilość szalunków po dokonaniu płatności od (...)A., ponieważ wydawanie szalunków było zablokowane przez firmę (...). Opinia głównego projektanta odnośnie wykonania zbiorników była pozytywna. Kontynuacja prac była uzależniona od przelewu środków ze strony (...)A.. (dowód: protokół k. 87-88, 89-90, 93-94)

Aneks nr (...) z dnia 15/04/2011 r. do umowy z dnia 14/12/2010 r. strony zmieniły sposób płatności faktury za roboty na kwotę 450.000 zł oraz przedłużyły termin zakończenia robót do dnia 30/06/2011 r. (dowód: aneks nr (...) do umowy k. 12-13)

Powód wystawił (...)A. w dniu 26/05/2011 r. fakturę nr (...) na kwotę 307.500 zł za kolejny etap budowy na podstawie protokołu z dnia 26/05/2011 r. – roboty przyjęte bez uwag i zastrzeżeń. Faktura wpłynęła do pozwanego (...)A. w dniu 27/05/2011 r. (faktura, protokół odbioru częściowego k. 26-28)

Aneks nr (...) z dnia 17/06/2011 r. strony rozszerzyły zakres przedmiotu umowy o kompleksowe wykonanie robót dodatkowych, polegających na wykonaniu drenażu obwodowego pola posadowienia zbiorników za kwotę 15.000 zł netto oraz dostawę i montaż rury ciśnieniowej do gnojowicy pod dnem zbiorników w kwocie netto 6.500 zł netto. Termin wykonania prac objętych aneksem strony uzgodniły na okres 20/06/2011 – 27/06/2011 r. (dowód: aneks nr (...) do umowy z dnia 14/12/2010 r. k. 14-15)

Powódka wystawiła (...)A. w dniu 29/06/2011 r. fakturę nr (...) na kwotę 26.445 zł za roboty dodatkowe - drenażowe na podstawie dokumentu z dnia 21/03/2011 r. oraz protokołu z dnia 29/06/2011 r. Faktura wpłynęła do pozwanej (...)A. w dniu 30/06/2011 r. Drenaż został wykonany w formie opaski wokół zbiorników. (dowód: faktura, dokument k. 29-30, protokół k. 301-302, zeznania świadka W. O. (2) 01:24:09)

Powódka wystawiła (...)A. w dniu 01/07/2011 r., fakturę nr (...) na kwotę 184.500 zł za „roboty dodatkowe budowa zbiorników wraz z pompownią” na podstawie protokołu z dnia 11/07/2011 r. – roboty przyjęte bez uwag i zastrzeżeń. Faktura została odebrana w imieniu (...)A. w dniu 11/07/2011 r. (faktura, protokół odbioru częściowego k. 31-33)

Pismem z dnia 07/07/2011 r. G. przekazała 1 egzemplarz dokumentacji technicznej B. Rolniczej w K. gm. S. A. P. ( (...)A.). (dowód: kopia potwierdzenia przekazania dokumentów k. 303)

Pismem z dnia 10/08/2011 r. (...)A. odmówiła zwiększenia kosztów wykonania robót przez G., wskazując, że w przypadku obciążenia przez inwestora karami umownymi z tytułu przekroczenia terminu wykonania budowy obciąży również nimi powoda. (...)A. stwierdziła, że kupuje na rzecz powódki materiały niezbędne do prowadzenia budowy oraz realizuje poprzez inwestora wypłaty na rzecz pracowników powódki. (dowód: pismo k. 211-212)

Pismem z dnia 17/08/2011 r. powódka zwróciła się do inwestora, przedkładając wyliczenia dotyczące realizacji inwestycji, w którym wskazała, że jest głównym podwykonawcą zbiorników żelbetowych na zlecenie (...)A.. Na dzień sporządzenia pisma powódka oceniła, iż prace zostały wykonane w 90% - natomiast ze względu na konieczność przeprowadzenia prac dodatkowych koszty zwiększyły się o 12-14% wartości zlecenia. Do pisma załączono zestawienie oraz kopię pisma skierowanego do (...)A. z wnioskiem o zwiększenie wartości zamówienia o kwotę 370.133 zł brutto. Z wyliczeń wynikało, że powód użył znacznie więcej betonu niż pierwotnie planowano - ponad 2 tys. m<sup>3</sup> co było spowodowane 10 cm różnicą w grubości - a nadto ponad 100 ton stali. W kwocie tej mieścił się również zakup materiału i sprowadzenie sprzętu. (dowód: pismo wraz z załącznikami i dowodem doręczenia k. 52-56, zeznania świadka W. O. (2) 01:25:07 i n., zeznania strony B. O. 00:16:06 )

Pismem z dnia 29/08/2011 r. B. wskazał zmiany w stosunku do pierwotnego projektu potwierdzające wykonanie ścian i elementów o znacznie zwiększonych parametrach w stosunku do pierwotnych założeń projektu. Poinformował jednocześnie powoda, że nie był poinformowany o podwyższonej temperaturze ścieków w kotłach i pracownia projektowa nie uwzględniła tego faktu do szacowania ilości zbrojenia W jego ocenie zmiany realizacyjne w stosunku do projektów były konieczne. (dowód: pismo k. 298-299)

Powód wystawił (...)A. w dniu 31/08/2011 r., fakturę na kwotę 61.500 zł za kolejny etap budowy na podstawie protokołu z dnia 31/08/2011 r. – roboty przyjęte bez uwag i zastrzeżeń. W dniu 31 sierpnia 2011 r. G. zakończył roboty żelbetowe. Dokumentacja techniczna została przekazana (...)A.. (faktura, protokół odbioru częściowego k. 34-36, zeznania świadka A. B. 00:38:02, zeznania świadka W. O. (2) 01:35:30, 02:21:25)

W toku realizacji inwestycji odbywały się rady budowy, w których brali udział - T. Z. (2) – inspektor nadzoru, G. S., W. S., J. B., M. K. – (...), A. P. – kierownik budowy, A. B., M. G. (1), M. Ż. - (...)A., W. O. (2), J. S., M. G. (2), R. M. – inwestor, A. F. – projektant konstrukcji zbiorników. Z rad budowy sporządzane były protokoły, na bieżąco ustalające prace do wykonania uzgodnione przez strony. (dowód: protokoły k. 62-99, 188-195, 215-225, zeznania świadka D. K. k. 342, zeznania świadka A. B. 00:36:13, zeznania strony B. O. 00:36:28)

Po dniu 31 sierpnia 2011 r. pracownicy G. nadal pracowali na budowie, bowiem powód dał Inwestorowi swoich pracowników do dyspozycji, pod warunkiem zapłaty im wynagrodzenia. G. przedstawił pismem z dnia 09/09/2011 r. zestawienie – listę płac pracowników na umowę o dzieło oraz o pracę i FV dla podwykonawcy, które wypłacił bezpośrednio inwestor na łączną kwotę 30.000,56 zł. Na przełomie lutego i marca 2011 r., z uwagi na bardzo niskie temperatury mrozy – 20 st.C nastąpił przestój w robotach. G. nie wynajmował sprzętu od Inwestora. Zakupił od niego słomę, 50 zł za sнопек, którą Inwestor dowoził ją na budowę własnym sprzętem. Obiekty z uwagi na warunki pogodowe przykryto słomą. W projekcie niemieckim nie było 60 cm wysokości kołnierza na górze z gzymsem, do objęcia całego balonu i wykonanie tego było dodatkową robotą, co nie było w zakresie prac G. i tego nie liczono jako robót dodatkowych powoda. (dowód: zestawienie k. 57-58, zeznania świadka D. K. k. 342, zeznania świadka W. O. (2) 01:45:29, 01:47:48 i n., 02:24:23, zeznania strony B. O. 00:26:34)

Pismami z dnia 14/09/2011 r. oraz z dnia 19/09/2011 r. (...)A. wezwwała do złożenia kompletnego projektu wykonawczego konstrukcji żelbetowej zbiorników, twierdząc, że braki uniemożliwiają dokonanie odbioru i uregulowanie należności. (dowód: pismo k. 213, 214)

W tym samym dniu (...)A. wystąpiła do Inwestora o zwiększenie wynagrodzenia za wykonane roboty na budowie biogazowni o kwotę 800.000 zł ze względu na zmiany zakresu przedmiotu robót wprowadzone na żądanie inwestora – powołując się przy tym na wyliczenia G., zawarte w piśmie z dnia 01/09/2011 r. (dowód: pismo z dnia 14/09/2011 r. k. 300)

Pismem z dnia 29/09/2011 r. (...)A. zadeklarowała zwolnienie 75% zabezpieczenia dobrego wykonania zatrzymanego z faktur powoda. (...)A. wskazała, iż kwoty zostaną przeznaczone na cesje dla wierzycieli – Stropy S. i B.. G. wyraził zgodę na takie zadysponowanie środkami. Pomimo takiej deklaracji pozwana (...)A. nie rozdisponowała środków kaucji gwarancyjnej. (dowód: pismo nr (...) k. 39)

Pismem z dnia 04/11/2011 r. powód domagał się zwrotu kaucji gwarancyjnej zgodnie z przedstawionymi cesjami i niezwłoczne dokonanie płatności na rzecz kontrahentów powoda. (dowód: pismo z dnia wraz z dowodami nadania 04/11/2011 r. k. 40-41)

Pismem z dnia 07/11/2011 r. pozwana (...)A. odmówiła wypłaty kwot zabezpieczenia wskazując, iż roboty są opóźnione w stosunku do planów, pozwana nie otrzymała projektu wykonawczego konstrukcji żelbetowych, nie wykonano całości robót izolacji termicznych zbiorników i pompowni oraz nie zgłoszono do odbioru wykonanych robót. (...)A. wskazała, że ponosi koszty zakupu materiałów na roboty będące w zakresie powoda na wartość ok. 200 tys. zł oraz inwestor w imieniu (...)A. dokonał wypłat w wysokości ok 130 tys. zł. Pismem z dnia 10/11/2011 r. powód zanegował stanowisko (...)A. wskazując, że roboty powoda zostały odebrane w całości przez kierownika budowy bez uwag i zastrzeżeń przy czym wskazał, że odebrano prace o wartości 1.950.000 zł, co stanowi całość wynagrodzenia umownego. Odnośnie prac dodatkowych wynikających ze zmian projektowych powód stwierdził, że nie miały one ustalonego terminu zakończenia i były wykonywane zasadniczo w czasie, kiedy wykonywano roboty główne. G. zanegował także odebranie od (...)A. jakichkolwiek materiałów zakupionych w imieniu i na rzecz G.. Powód ponowił żądanie wypłaty kaucji gwarancyjnych oraz podkreślił, że projekt wykonawczy został uzgodniony z Biurem (...), natomiast ze względu na nieustalenie wynagrodzenia za licencję oczekuje przystąpienia do negocjacji w tej kwestii. (dowód: pismo nr (...) k. 42-43 i 196-197, odpowiedź powoda k. 44-45 i 12, 186-187, (...) i potwierdzenia nadania k. 46-47)

W ocenie powoda projekt wykonawczy był w zakresie jego prac i został wykonany, ale powód nie sprzedał praw autorskich, gdyż nie otrzymał zapłaty za roboty dodatkowe. Na podstawie tego projektu złożono wnioski do urzędu miasta i Inwestor otrzymał pozwolenie na użytkowanie biogazowni. Wszystkie materiały, które przekazano pozwanemu nie później niż do połowy sierpnia był to projekt wykonawczy z opisem technicznym. Powód nie przekazał tylko obliczeń wykonanych przez projektanta A. F. (2) w celu zachowania praw autorskich do projektu, ale z możliwością dostępu do wszystkich danych, ze względu na pozyskanie informacji, że (...)A. zamierza wykonywać następne biogazownie na bazie obliczeń do projektu wykonanych przez powoda. Biorąc powyższe pod uwagę powód przekazał projekt w takiej formie, która pozwoliła na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu. (dowód: zeznania świadka W. O. (2) 01:28:38, 02:12:07, 02:16:56, zeznania strony B. O. 00:24:07)

Porozumieniem z dnia 14/11/2011 r. Inwestor oraz (...)A. uzgodniły, że Inwestor dokona zapłaty za usługi i dostawy niezbędne do realizacji robót w ramach budowy biogazowni rolniczej w K. – z tego za roboty budowane wykonane przez G. na kwotę 130.600 zł brutto oraz wynajem sprzętu na kwotę 43.683,45 zł brutto. Strony uzgodniły, że Inwestorowi należy się od (...)A. zwrot zapłaconych kwot oraz, że rozliczą się poprzez dokonanie potrącenia wzajemnych wierzytelności w łącznej kwocie 665.471,65 zł. Nie przedstawiono umowy na najem sprzętu budowlanego pomiędzy G. a Inwestorem. (dowód: porozumienie k. 204-205, bezsporne)

Pismem z dnia 16/11/2011 r. powód poinformował (...)A., że wszelkie sprawy wynikające z rozliczeń należności oraz kaucji przekazuje do prowadzenia kancelarii prawnej. (dowód: pismo k. 48-49)

Pismem z dnia 30/11/2011 r. strony potwierdziły saldo wzajemnych rozliczeń. Zgodnie z nim (...)A. była dłużna powodowi kwotę 242.044,50 zł. Rozliczenie podpisała w imieniu P. R. S. – dyrektor finansowy. Wszystkie faktury

za wykonanie robót budowlanych objętych zleceniem z dnia 14/12/2010 r. zostały zapłacone przez (...)A.. (dowód: potwierdzenie salda k. 37-38)

Pismem z dnia 12/03/2012 r. (...)A. ponownie odmówiła wypłaty kwot kaucji, ze względu na niepodpisanie końcowego bezusterkowego protokołu odbioru końcowego całej inwestycji a w zakresie kwoty 174.283,50 zł stwierdziła potrącenie części kaucji z fakturami z dnia 20/12/2011 r. za roboty budowlane na kwotę 130.600 zł oraz refakturą za wynajem sprzętu od inwestora na kwotę 43.683,45 zł. (dowód: faktura VAT (...) k. 201-202, pismo k. 203)

Pismem z dnia 03/04/2012 r. (...)A. skierowała do inwestora oświadczenie o odstąpieniu od umowy i naliczeniu kary umownej. (dowód: odpis pisma wraz z dowodem doręczenia k. 198-200)

Korespondencją e-mail z dnia 06/06/2013 r. przedstawiciel inwestora przesłał powodowi projekt pisma zawierającego oświadczenie o otrzymaniu płatności z tytułu umowy na kwotę 130.600 zł netto, w którym znalazło się stwierdzenie, że wobec zaprzestania płatności przez głównego wykonawcę inwestor zgodził się na dokonywanie płatności na rzecz wynagrodzeń pracowników powoda, co pozwoliło na kontynuowanie prac budowlanych. (dowód: korespondencja e-mail z projektem oświadczenia k. 59-61)

W odpowiedzi na wezwanie do zapłaty kwoty 169.431,15 zł stanowiącej 70% kaucji gwarancyjnej pismem z dnia 19/11/2012 r. (...)A. odmówiła wypłaty ze względu na spożytkowanie jej celem usunięcia skutków nienależytego wykonania umowy. (dowód: pismo k. 206)

Notą obciążeniową nr NO- (...)A. naliczyła powodowi karę umowną z tytułu opóźnień od dnia 01/07/2011 r. do dnia 02/04/2012 r. w wysokości 484.989 zł (20%). (dowód: nota obciążeniowa wraz z dowodem nadania k. 207-208)

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy, w szczególności załączonych do pozwu, odpowiedzi na pozew i dalszych pism procesowych dopuszczonych stosownymi decyzjami Sądu, których autentyczności nie kwestionowały strony postępowania, a Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw, aby odmówić im wiarygodności. Sąd Okręgowy dał wiarę zeznaniom świadka D. K., W. O. (2) i słuchanej w charakterze strony B. O.. W jego ocenie zeznania tych świadków były wzajemnie uzupełniające się i zgodne z przedstawionymi przy sprawie dokumentami, w związku z czym Sąd I instancji dał im wiarę co do zasady w całości. Sąd Okręgowy wskazał, że dał ograniczoną wiarę zeznaniom świadka A. B., w szczególności w zakresie: terminu zakończenia robót przez powoda, niedostarczenia dokumentacji powykonawczej, braku prac dodatkowych po stronie powodowej i kupowaniu materiałów budowlanych dla G. przez (...)A. jako sprzecznym ze zgromadzoną w aktach sprawy dokumentacją oraz zeznaniami pozostałych świadków.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że na terminie rozprawy w dniu 05/08/2015 r. cofnięto wnioski o przesłuchanie w charakterze świadków A. F. (2) i J. M. (k. 389), pismem z dnia 04/05/2016 r. cofnięto wnioski o przesłuchanie w charakterze strony R. M. (k. 536), a z kolei na terminie rozprawy w dniu 14/03/2016 r. pozwany (...)A. wniósł o zawieszenie postępowania z uwagi na to, że powodowa spółka faktycznie nie działa pod adresem wskazanym w KRS i należy ustanowić kuratora do doręczeń. Wniosek ten został oddalony przez Sąd Okręgowy, bowiem zdaniem Sądu nie zachodziły przesłanki do uwzględnienia ww. wniosku określone w art. 174 §1 pkt 2 k.p.c. ani przesłanki z art. 177 §1 pkt 6 k.p.c. oraz z art. 69 i 70 k.p.c.

Po dokonaniu powyższych ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy uznał, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie w całości, zarówno w odniesieniu do roszczenia głównego jak i odsetek.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy rozważył istnienie legitymacji procesowej po stronie powodowej, wskazując, że jest to bowiem przesłanka, którą bada Sąd z urzędu a i pozwany (...)A. podniósł, iż powód dokonał cesji wierzytelności objętych pozwem, w związku z czym nie jest już wierzycielem. Przytaczając treść art. 509 k.c., art. 511 k.c. oraz art. 74 § 1 k.c. Sąd I instancji przyjął, iż pisemna forma przelewu wierzytelności zastrzeżona jest dla celów dowodowych (ad probationem). Sąd Okręgowy wskazał, iż (...)A., powołując się na treść swojego własnego pisma z dnia 29/09/2011 r. (k. 39) proponowała, aby wierzytelność powoda z tytułu zatrzymanych kaucji została zadysponowana na rzecz



wierzycieli G. – Stropy S. i B.. Pomimo tego, iż powód wyraził zgodę na taki sposób zadysponowania kwot, to jednak w ocenie Sądu Okręgowego nie można mówić, iż powyższe miało charakter umowy cesji wierzytelności. Powołując się na treść art. 60 k.c. Sąd I instancji wskazał, iż jak w każdym oświadczeniu woli, tak w przypadku oświadczeń woli składających się na umowę przelewu koniecznym warunkiem ich skuteczności jest to, aby były one dostatecznie zrozumiałe. W odniesieniu do cesji w konsekwencji przyjmuje się także możliwość jej zawarcia per facta concludentia, a oceniając zachowania stron, konieczne jest zbadanie celu stron umowy zgodnie z art. 65 § 1 k.c., aby jednoznacznie określić, czy ich zgodnym zamiarem było przeniesienie wierzytelności (zob. uzasadnienie wyr. SN z 8.2.2002 r., (II CKN 1160/99, Legalis). W ocenie Sądu Okręgowego z ustaleń poczynionych w toku postępowania wynikało, iż nie było w żadnym momencie wolą powoda, aby przenieść wierzytelność wynikającą z zatrzymania kaucji na podmioty trzecie. Sąd Okręgowy wskazał, iż z ustaleń poczynionych w stanie faktycznym wynika, że w tym czasie (...)A., która już wcześniej borykała się z problemami z wypłatami należności - czego dowodem jest aneks nr (...) do umowy rozbijający płatności na części oraz zapisy w protokołach z rad budowy - po prostu nie dysponowała tymi środkami finansowymi i podejmowała różne działania mające na celu opóźnienie wypłaty kaucji na rzecz powoda, jednocześnie zwracała się do inwestora w celu uzyskania dodatkowego wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe, których konieczności i wykonania jednocześnie zaprzeczała w pismach kierowanych do powoda. Zatem w ocenie Sądu Okręgowego również i jej zamiarem nie było przeniesienie wierzytelności z powoda na wskazane w piśmie podmioty. Co więcej, zdaniem Sądu Okręgowego, wierzytelności te nigdy nie zostały przez pozwanego (...)A. wypłacone, a pozwany (...)A. nie przedstawił żadnych umów cesji zawartych z podmiotami trzecimi, również powód zaprzeczył ich zawarciu. W związku z powyższym Sąd Okręgowy uznał, iż twierdzenia pozwanego są całkowicie bezpodstawne, zaś powodowi przysługuje legitymacja czynna do występowania z powództwem w przedmiotowej sprawie.

W ocenie Sądu Okręgowego w sprawie bezsporne było: zawarcie umowy z dnia 14/12/2010 r. pomiędzy G. i (...)A. na wykonanie robót żelbetonowych w zakresie wybudowania trzech zbiorników wraz z urządzeniami technicznymi opisanymi w umowie i aneksach, zakończenie głównych robót do dnia 31 sierpnia 2011 r., wykonywanie przez pracowników G. prac na budowie po wskazanej dacie, przekazanie co do zasady projektu wykonawczego, okoliczność, że biogazownia została dopuszczona do użytkowania, fakt zapłacenia przez pozwanego (...)A. faktur za roboty oraz zatrzymania z nich 10% wartości brutto. Natomiast kwestiami spornymi było, czy opóźnienie w wykonaniu robót pomiędzy 29 czerwca a 31 sierpnia 2011 r. nastąpiło z winy powoda i co za tym idzie, czy pozwany (...)A. był uprawniony do naliczenia kary umownej i potrącenia jej z wierzytelnością powoda, a także czy roboty zlecone powodowi zostały wykonane w całości, a w konsekwencji, czy odpowiedzialność pozwanej (...)A. na charakter odpowiedzialności solidarnej z inwestorem R. M..

Sąd Okręgowy wskazał, iż G. i (...)A. łączyła umowa o wykonanie robót budowlanych, której kodeksowa regulacja znajduje się w art. 647 i nast. k.c., zgodnie z którym przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy, po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, doszedł do przekonania, iż żaden z pozwanych nie zdołał skutecznie zaprzeczyć twierdzeniom powoda, zawartym w pozwie. W ocenie Sądu Okręgowego, potrącenie którego usiłowała dokonać w toku postępowania (...)A. było bezskuteczne, bowiem nie przysługiwała pozwanej żadna wierzytelność w postaci kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu przez powoda przedmiotu umowy z dnia 14/12/2010 r. Zatem z uwagi na brak przesłanek z art. 498 k.c. zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony.

Sąd Okręgowy wskazał, iż pomiędzy stronami nie było sporne, że prace związane z budową zbiorników zostały zakończone w dniu 31/08/2011 r., choć zasadniczo miały one zostać wykonane do dnia 08/06/2011 r., zaś w części ustalonej aneksem nr (...) miały zostać zrealizowane do 27/06/2011 r. Sąd Okręgowy podniósł, że powód powoływał się na fakt, iż w czasie prac występowały utrudnione warunki atmosferyczne tj. silny mróz na początku 2011 r., uniemożliwiający prawidłowe wykonanie prac ziemnych i wylanie betonu, oraz kilkakrotne silne deszcze, a okoliczności te potwierdzili świadkowie zarówno powoda jak i pozwanego (...)A.. Świadek D. K. podał, że kilkakrotnie

w trakcie inwestycji tj. w okresie od kwietnia do sierpnia 2011r. padał solidny deszcz (k.344). Także B. O. w swoich zeznaniach wskazała, że na przełomie lutego i marca 2011r. miała miejsce bardzo ostra zima, co spowodowało przestój w robotach. W ocenie Sądu Okręgowego pozwany w żaden sposób nie wykazał, do czego był zobowiązany na gruncie art. 6 k.c., aby miał zastrzeżenia odnośnie terminu wykonania prac. Wprawdzie w protokołach z narad były wpisywane zalecenia i zobowiązania dla powoda, jednakże dotyczyły one głównie jakości prac. Zgodnie z zaleceniem ustalonym na radzie budowy, powód miał wprawdzie zwiększyć na terenie inwestycji ilość pracowników oraz dostawić drugi dźwig dla przyspieszenia prac, ale (...) A. nie podnosiła zarzutu, aby to zalecenie nie zostało wykonane, zatem Sąd Okręgowy przyjął, iż zasadne były argumenty powoda odnośnie przyczyn opóźnienia. Konieczność wprowadzenia zmian konstrukcyjnych zbiorników a w konsekwencji wykonanie dodatkowych prac przez powoda znacząco wpłynęły bowiem na terminowość realizacji prac całej inwestycji. Sąd Okręgowy przyjął, iż odpowiedzialność za te okoliczności nie może zostać przypisana powodce. Sąd I instancji podniósł również, że w piśmie kierowanym do powoda pozwany wskazywał, iż będzie obciążał powoda karą umowną w przypadku naliczenia takich kar przez inwestora. W jego ocenie, pomimo tego, iż nie jest to deklaracja wiążąca z punktu widzenia przepisów w zakresie skuteczności naliczenia kary, to jednak dowodzi tego, że obie strony zdawały sobie sprawę z faktycznych okoliczności powstania opóźnienia w robotach. Sąd Okręgowy zauważył przy tym, iż przy złożonych harmonogramach strona powodowa zastrzegła, że są one możliwe do realizacji we wskazanych terminach pod warunkiem korzystnych warunków pogodowych. Zatem w jego ocenie strona powodowa słusznie wskazała, że opóźnienie wynikło z konieczności wykonania prac w szerszym zakresie, niż pierwotnie było to projektowane - nieprzewidzianych prac dodatkowych o wartości przeszło 800.000 zł. W ocenie Sądu Okręgowego istotny był również fakt, iż sama pozwana (...)A. przed powstaniem sporu o zapłatę z powodem, nie kwestionowała wykonania przez powoda przedmiotowych robót dodatkowych oraz związanego z tym faktem zwiększenia czasu realizacji inwestycji, o czym świadczy pismo (...)A. z dnia 14-09-2011 r. skierowane do Inwestora, w którym wyraźnie przyznano, że: w trakcie budowy biogazowni inwestor zażądał dokonania dość istotnej zmiany sposobu realizacji prac, co pociąga znaczne zwiększenie wartości i pracochłonności ich wykonania. Sąd Okręgowy wziął pod uwagę także inne istotne zmiany, jakie zostały wprowadzone do projektów wykonawczych podczas realizacji inwestycji, które w znacznym stopniu zwiększyły czas wykonania inwestycji w stosunku do wcześniejszych założeń. Wobec powyższego Sąd Okręgowy przyjął, że pozwana (...)A. w sposób dorozumiany zaakceptowała termin 31 sierpnia 2011 r. jako rzeczywisty termin zakończenia robót wykonywanych przez G.. Tym samym, w jego ocenie nie można było przyjąć, iż powód nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie w zakończeniu prac, co odbiera pozwanej (...)A. możliwość obciążenia powoda karą umowną. Dodatkowo Sąd Okręgowy wskazał na istotny fakt, iż odbiory poszczególnych etapów prac objętych umową zlecenia (stanowiące podstawę do wystawienia faktur VAT) następowały w każdym przypadku bez uwag i zastrzeżeń. (...)A. nigdy nie zgłaszała bowiem zastrzeżeń powodowi, że pozostaje w zwłoce z realizacją prac. Ostatni z protokołów odbioru prac został podpisany przez strony bez uwag i zastrzeżeń w dniu 31/08/2011 r. Sąd Okręgowy wskazał, iż potwierdza to fakt, że pełen zakres wykonanych przez powoda prac jest zgodny z umową łączącą strony, a suma należności objętych fakturami VAT wystawionymi na podstawie protokołów odbioru prac odpowiada sumie należności, jakie powód miał otrzymać na podstawie zawartej umowy z dnia 14/12/2010 r. i po jej aneksowaniu. Odnosząc się do zeznań świadka A. B., w zakresie w jakim twierdził on, że płatność za roboty następowała z góry, przed ich faktycznym wykonaniem Sąd Okręgowy dał im wiarę jedynie w zakresie pierwszej faktury, wystawionej zaraz po podpisaniu umowy, bowiem z dokumentów narad wynikało, iż powód nie mógł na dzień 15/12/2010 r. wykonać dróg tymczasowych i placów skoro został wprowadzony na plac budowy 10/01/2011 r.

W ocenie Sądu Okręgowego również podnoszone w toku postępowania sądowego zarzuty, jakoby nie doszło do wykonania i przekazania projektu wykonawczego konstrukcji żelbetowych, są niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym jaki miał miejsce. Sąd Okręgowy wskazał, że wpisem z dnia 05/05/2011 z rady budowy odnotowano bowiem, iż została przekazana przez G. dokumentacja konstrukcyjna zbiorników (k. 93). Z kolei na radzie 12/05/2011 r. zobowiązano G. do przedstawienia dokumentacji budowlanej na następnej naradzie (k. 95). Po tej dacie brak jest wpisów o żądaniu dokumentacji, przyjęć więc zatem należy, iż polecenie to zostało przez powoda wykonane. Nadto w dniu 07/07/2011 r. doszło do protokolarnego przekazania kompletu dokumentacji technicznej, która umożliwiła uzyskanie przez (...)A. pozwolenia na użytkowanie obiektu biogazowni i który to fakt użytkowania jest okolicznością bezsporną pomiędzy stronami. W ocenie Sądu Okręgowego, gdyby powód nie wykonał całego zakresu prac objętych

przedmiotem umowy zlecenia, to po pierwsze (...)A. nie uzyskałaby pozwolenia na użytkowanie obiektu biogazowni (co jednak nastąpiło), a po drugie (...)A. nie dokonałaby odbioru przedmiotu umowy zlecenia z dnia 14/12/2010 r. i zapłaty ustalonego wynagrodzenia z tego tytułu (co również nastąpiło), zaś fakt, że powód wykonywał w międzyczasie oraz po zakończeniu prac kontraktowych roboty dodatkowe nie stanowi przeszkody w zakresie zwrotu przez (...)A. kwoty zatrzymanej tytułem kaucji w związku z przedmiotem umowy zlecenia z dnia 14/12/2010 r.

Sąd Okręgowy uznał, iż pozwanemu ad. 2 nie przysługiwała również żadna wierzytelność w stosunku do powoda z tytułu zwrotu kosztów zakupu materiałów, najmu sprzętu i wynagrodzeń dla pracowników. Sąd I instancji wskazał, iż wbrew twierdzeniu (...)A. nie udowodnił tego, iż nabywał on materiały na prace będące w zakresie robót powoda. (...)A. bowiem kupował m.in. stal, ale tylko i wyłącznie na własne potrzeby ( (...)A. wykonywał na budowie silosy), nigdy zaś przedmiotowy materiał nie był kupowany dla powoda, czy też na wykonanie prac przez powoda, który wykonywał na budowie konstrukcje żelbetowe i budynek pompowni. W ocenie Sądu Okręgowego (...)A. nie udowodnił w toku przeprowadzonego postępowania dowodowego istnienia wierzytelności w stosunku do powoda z tego tytułu. Podobnie zdaniem Sądu Okręgowego nigdy pomiędzy stronami nie doszło do zawarcia umowy najmu jakiegokolwiek sprzętu. Świadkowie strony powodowej konsekwentnie zaprzeczali, aby były jakiegokolwiek uzgodnienia czynione w tym zakresie z którymkolwiek z pozwanych, również pozwani nie przedłożyli żadnego dokumentu na tę okoliczność. (...)A. przedstawiła jedynie porozumienie pomiędzy nią a inwestorem z dnia 14/11/2011 r. oraz dwie faktury z dnia 20/12/2011 r. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na okoliczność, iż zarówno przedmiotowe porozumienie jak i faktury, zostały sporządzone i wystawione, gdy pozwani byli już w sporze z powodem o zwrot kwoty kaucji i zapłatę kwoty wynagrodzenia za wykonane przez powoda roboty dodatkowe. Niewątpliwym dla Sądu Okręgowego pozostawało, iż (...)A. dążył tylko i wyłącznie do uchylecia się od obowiązku zwrotu zatrzymanej zgodnie ze zleceniem z dnia 14/12/2010 r., kwoty kaucji. Co się zaś tyczy płatności z dni: 01 sierpnia 2011 r., 09 września 2011 r., 07 października 2011 r. i 04 listopada 2011 r. dokonanych przez inwestora na rzecz pracowników powoda to w ocenie Sądu Okręgowego dotyczyły one wykonania przez tych pracowników robót, do których wykonania nie był zobowiązany powód, lecz (...)A., przy czym, z uwagi na trudną sytuację finansową (...)A. (którą można domniemywać także z treści wpisów z rad budowy), powód wyraził na powyższe zgodę tylko i wyłącznie pod warunkiem, iż to Inwestor będzie płatnikiem wynagrodzeń dla jego pracowników, a następnie wypłacone przez inwestora kwoty pozwani mieli rozliczyć tylko pomiędzy sobą na podstawie wystawionych w związku z tymi płatnościami pokwitowaniami.

Nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia kwestii oceny wypłaconych przez pozwanego ad. 2 kwoty tytułem wynagrodzenia na rzecz pracowników powoda oraz kwestii oceny istnienia rzekomego najmu sprzętu pozostawała dla Sądu Okręgowego okoliczność, że pozwany ad. 1. pomimo, iż był trzykrotnie wzywany przez Sąd w celu przesłuchania w charakterze strony, w rezultacie z niezrozumiałych przyczyn nie skorzystał z przysługującego mu prawa wyjaśnienia tych faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Sąd Okręgowy wskazał przy tym, że odpowiedzialność R. M. jako inwestora za zapłatę dochodzonej przez powoda w niniejszym postępowaniu kwoty była uzasadniona na gruncie art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c., zgodnie z którym do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora, a jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Zatem, zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

Uzasadniając powyższe stanowisko Sąd Okręgowy powołał się na treść protokołów z narad roboczych już z 07/12/2010 r. (k. 64-65) z których wynika, iż R. M. osobiście brał udział w naradzie, w trakcie której odnotowano, że powód złożył ofertę na wykonanie zbiorników żelbetowych, zatem przyjął, iż co najmniej z tą datą miał on wiedzę o fakcie, że G. będzie wykonywał prace żelbetowe oraz projekt wykonawczy na budowie. Kolejna narada budowy, w której brał osobiście udział inwestor miała miejsce w dniu 03/02/2011 r. Ponadto Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na to, iż sam powód przedstawił inwestorowi oświadczenie, którego pozwany nie zanegował – pozwany nie wykazał bowiem, aby w którymkolwiek momencie złożył sprzeciw do wykonywania przez G. prac na budowie lub, że mógł nie mieć faktycznej wiedzy o prowadzonych przez powoda pracach na inwestycji biogazowni. Odnosząc się do okoliczności

sprawy Sąd Okręgowy przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 06/02/2015 r. , sygn. akt II CSK 327/14, w którym wyrażono pogląd, iż „Błędne jest założenie, że w celu uzyskania zgody inwestora, wykonawca winien mu przedstawić umowę zawartą z podwykonawcą lub projekt takiej umowy wraz z odpowiednią dokumentacją. W konkretnych okolicznościach faktycznych danej sprawy, może okazać się wystarczającym dla przyjęcia domniemanej zgody inwestora, tolerowanie przez niego obecności podwykonawcy na placu budowy czy dokonywanie odbioru wykonanych przez niego prac.” W związku z powyższym Sąd Okręgowy wskazał, iż z jednoznacznych zeznań wszystkich świadków i słuchanej w charakterze strony B. O. wynika, iż inwestor miał pełną świadomość faktu, że G. jest podwykonawcą (...)A. na budowie biogazowni. Świadczenie zgodnie bowiem zeznali, że R. M. wiedział, że powódka wykonuje prace na budowie a umowa pomiędzy nią a pozwaną (...)A. była dostępna w biurze budowy. W związku z powyższym Sąd Okręgowy uznał zarzuty pozwanego R. M. za bezpodstawne.

Wobec powyższego, mając na uwadze, iż przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, że umowa została zrealizowana w terminie, jakość wykonanych prac była dobra, co wynika z protokołów odbioru robót bez zastrzeżeń, a pozwana uregulowała całość wynagrodzenia, Sąd Okręgowy dokonał oceny zasadności żądania powódki o zapłatę przez pozwaną (...)A. kwoty zatrzymanej kaucji gwarancyjnej.

Na wstępie Sąd Okręgowy opisał instytucję kaucji gwarancyjnej wskazując, iż jest to przysługujący inwestorowi rodzaj zabezpieczenia realizowanego przedsięwzięcia albo przez wniesienie przez wykonawcę określonej kwoty pieniężnej na okres realizacji umowy albo przez zatrzymanie przez inwestora części kwoty należnej wykonawcy z każdej wystawianej przez niego faktury, zatrzymaną kwotą zwraca się w chwili zakończenia kontraktu i końcowego odbioru robót wykonawcy, bądź też – co ma miejsce częściej - zwrotowi podlega wtedy jedynie określony procent (np. połowa) zatrzymanej kaucji gwarancyjnej, natomiast pozostała kwota zostaje zatrzymana przez inwestora na zabezpieczenie usunięcia w przyszłości ewentualnych wad i usterek w ramach udzielonej gwarancji. Okres takiego zatrzymania może wynosić nawet 5-10 lat, w zależności od okresu udzielonej gwarancji, bądź wzajemnych ustaleń stron. Sąd Okręgowy podkreślił, iż niewątpliwie jest to forma zabezpieczenia uciążliwa dla wykonawcy, gdyż może łączyć się dla niego z negatywnymi skutkami w sferze płynności finansowej - kaucja gwarancyjna często jest, co do wartości, równa możliwemu do uzyskania przez wykonawcę zyskowi, a bywa, że jest znacznie od niego większa (tak M. B., B. M. „Kaucje gwarancyjne w kontraktach budowlanych a upadłość wykonawcy”). Powołując się na treść wyroku SN z dnia 2015-12-17 wydanego w sprawie I CSK 1005/14 Sąd Okręgowy wskazał, iż umowa kaucji gwarancyjnej stosowana jest często w obrocie gospodarczym i mając swą podstawę w zasadzie swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), służy zabezpieczeniu prawidłowego wykonania umów, w tym o roboty budowlane. W odniesieniu do tych ostatnich służy zazwyczaj zabezpieczeniu prawidłowego wykonania obowiązków wynikających z przepisów o rękojmi za wady wykonanych robót budowlanych lub obowiązków wynikających z udzielonej gwarancji na wykonane roboty. Umowa kaucji gwarancyjnej jako instrument prawidłowego wykonania obowiązków gwarancyjnych może przybrać postać odrębnej umowy albo postać dodatkowego zastrzeżenia zawartego w umowie będącej źródłem obowiązków (wykonawcy robót lub podmiotu trzeciego) z gwarancji - usunięcia wad i usterek, które ujawnią się w trakcie gwarancji, w określonym terminie. Kaucja gwarancyjna jest formą zabezpieczenia o charakterze pieniężnym. Umowa kaucji gwarancyjnej zabezpieczająca prawidłowe wykonanie obowiązków z gwarancji udzielonej na roboty budowlane jest traktowana jako umowa odrębna w odniesieniu do umowy o roboty budowlane, gdyż reguluje ona stosunek prawny już po wykonaniu umowy. Umowa kaucji gwarancyjnej nie jest umową wzajemną, gdyż nie jest to bowiem umowa odpłatna, nie można w niej także mówić o zasadzie ekwiwalentności świadczeń, gdyż stanowi ona zabezpieczenie kosztów związanych z usuwaniem wad.

W ocenie Sądu Okręgowego niespornym między stronami był fakt, że wszystkie faktury wystawione przez powódkę zostały opłacone przez pozwaną a pozwana (...)A. zatrzymała 10% z każdej uregulowanej faktury tytułem kaucji gwarancyjnej. Z treści umowy z dnia 14/12/2010r. jednoznacznie wynikało bowiem, że celem zatrzymania 10% wartości faktury było zapewnienie należytego wykonania i usunięcia usterek oraz zabezpieczenie roszczeń z tytułu gwarancji jakości i rękojmi za wady do terminu 15 dni po upływie okresu gwarancji jakości. Niespornym w ocenie Sądu Okręgowego było, że okres gwarancji upłynął, a pozwana (...)A. nie zgłosiła żadnych napraw gwarancyjnych ani zastrzeżeń w zakresie jakości wykonanych przez powódkę robót. Tym samym w jego ocenie zatrzymane kwoty,

wobec niezasadnych zarzutów pozwanych, winny zostać zwrócone powódce zgodnie z celem i intencją stron zawartą w umowie z dnia 14/12/2010r.

O odsetkach Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 481 §1 i 2 k.c. uznając, iż bieg terminu wymagalności nastąpił odpowiednio w stosunku do 70% kaucji w dniu 30/09/2011 r. (30 dzień od dnia podpisania przez pozwanego ad. 2 ostatniego protokołu i odbioru prac wykonanych przez powoda objętych przedmiotem umowy zlecenia z dnia 14/12/2010 r., tj. od dnia 31/08/2011 r.) oraz w stosunku do pozostałych 30% kaucji w dniu 15/09/2013 r. (15 dni od upływu 24-miesięcznego okresu gwarancji udzielonej przez powoda zgodnie z umową, tj. od dnia 31-08-2013 r). Ze względu na zmianę brzmienia art. 481 § 2 k.c., wprowadzoną ustawą z dnia 09 października 2015 r. o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy – Kodeks Cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2015 poz. 1830), Sąd Okręgowy zasądził odsetki ustawowe do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetki za opóźnienie od dnia 01 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., obciążając nimi w całości stronę pozwaną jako przegrywającą sprawę.

Apelację od powyższego rozstrzygnięcia złożył pozwany ad. 2 - (...) Sp. z o.o. zaskarżając go w całości.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy poprzez naruszenie:

a) art. 233 § 1 k.p.c. - poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i danie jedynie ograniczonej wiary zeznaniom świadka A. B., a jednocześnie danie pełnej wiary zeznaniom świadkowi W. O. (2) i przesłuchanej w charakterze strony przez B. O.;

b) art. 233 § 1 k.p.c. - poprzez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych i w konsekwencji błędne uznanie, że powód nie dokonał cesji wierzytelności na rzecz swoich wierzycieli Stropy S. i B. i w konsekwencji, że powodowi przysługiwała legitymacja czynna do domagania się wypłaty kaucji w wysokości 169.432 zł;

c) art. 233 § 1 k.p.c. - poprzez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych i w konsekwencji błędne uznanie, że nie doszło do zwłoki w wykonaniu prac przez powoda i w konsekwencji, że kara umowna z tytułu zwłoki została przez pozwanego naliczona bezpodstawnie;

d) art. 233 § 1 k.p.c. - poprzez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych i w konsekwencji błędne uznanie, że pozwana (...) w sposób dorozumiany zaakceptowała termin 31 sierpnia 2011r. jako rzeczywisty termin zakończenia robót;

e) art. 233 § 1 k.p.c. - poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, w szczególności pominięcie przez Sąd treści aneksu nr (...) z 15.04.2011r., który wydłużał termin wykonania przedmiotu umowy przez powoda z dnia 14.04.2011r. do 30.06.2011 r. oraz błędne ustalenie, że powód wykonywał po zakończeniu prac kontraktowych roboty dodatkowe, podczas, gdy zarówno korespondencja powoda, jak i zeznania świadka powołanego przez powoda i przesłuchanie strony powodowej wskazują, że sporne roboty, jakie powód uznaje za dodatkowe miały miejsce na samym początku inwestycji - a więc nie po zakończeniu robót kontraktowych, tylko przed ich rozpoczęciem;

f) art. 233 § 1 k.p.c. - poprzez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych i w konsekwencji błędne uznanie, że powód przekazał kompletny - zgodny z umową zakres projektu wykonawczego, podczas, gdy pomiędzy stronami bezsporne było, że projekt nie był kompletny i nie zawierał obliczeń;

g) art. 233 § 1 k.p.c. - poprzez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, w szczególności pominięcia dowodu z dokumentu - oświadczenie o odstąpieniu z 3 kwietnia 2012 r. (zał. nr 9 do odpowiedzi na pozew) i w konsekwencji błędne uznanie, że (...) uzyskała pozwolenie na użytkowanie obiektu biogazowni, co zdaniem Sądu oznacza, że zachodzi domniemanie, iż powód wykonał cały zakres

przedmiotu umowy, podczas, gdy (...) odstąpiła od umowy z Inwestorem, co nie było kwestionowane przez żadną ze stron postępowania, a zatem nie doprowadziła do uzyskania pozwolenia na użytkowanie;

h) art. 233 § 1 k.p.c. - poprzez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych i uznanie przez Sąd, że wypłacona przez inwestora kwota 130.600 zł nie stanowiła części wynagrodzenia, której obecnie dopominał się powód, tylko wynagrodzenie za bliżej nieustalone roboty, za które powód ani nie wystawił faktury, ani nie sprecyzował jaki był ich zakres;

i) art. 233 § 1 k.p.c. - poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, w szczególności pominięcie przez Sąd treści umowy zawartej pomiędzy stronami w zakresie terminu zwrotu kaucji gwarancyjnej co spowodowało zasądzenie od pozwanych odsetek za okresy, w których roszczenia powoda nie mogły być wymagalne - ponieważ terminy określone w umowie nie nastąpiły;

j) art. 328 § 2 k.p.c. - poprzez brak wskazania dowodów na których sąd się oparł formułując kluczowe dla wydania wyroku ustalenia, w szczególności co do oceny nieistnienia cesji wierzytelności, nieistnienia zwłoki w pracach powoda, kompletności dokumentacji przekazanej przez powoda, ustalenia terminu zwrotu kaucji i innych.

2. Naruszenie prawa materialnego tj.:

a) art. 6 k.c. przez jego niezastosowanie i przyjęcie, że powód wykazał wykonanie całego przedmiotu umowy, podczas gdy powód oparł swoje żądanie o protokół przerobowy bez wykazania protokołu odbioru całości zadania, przyjęcie że powód zakończył prace, jakie wykonywał po 31.08.2011r. bez przeprowadzenia żadnego postępowania dowodowego w tym zakresie, ponadto powód nie wykazał, że obawa, iż (...) wykorzystywał obliczenia z naruszeniem praw osób trzecich zwalania powoda z wykonania obowiązku umownego w zakresie przekazania pozwanej obliczeń, a Sąd uznał, że pomimo przyznania tej okoliczności niewykonania kompletnego projektu należy uznać, iż cały przedmiot umowy został wykonany i powodowi należy się całe wynagrodzenie,

b) art. 451 § 1 k.c. przez jego niezastosowanie i uznanie przez Sąd, że dokumenty rozliczeniowe dotyczące zaliczenia kwoty 130.600 zł przedłożone przez pozwanego powodowi nie mają znaczenia dla przebiegu tego rozliczenia, podczas, gdy z przeprowadzonego postępowania dowodowego nie wynika, żeby powód je kwestionował albo składał jakiegokolwiek oświadczenia jak tę niekwestionowaną kwotę rozliczył - w poczet jakich roszczeń i na jakiej podstawie, co w konsekwencji prowadzi do podwójnej zapłaty należności powoda - raz w drodze rozliczenia kwoty 130.600 zł i obecnie na podstawie wyroku Sądu I instancji, a więc do bezpodstawnego wzbogacenia powoda.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości wobec (...) Sp. z o.o. oraz zasądzenia od powoda na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych w wysokości potrójnej stawki i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa ewentualnie, w razie nieuwzględnienia wniosku z pkt 1, wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I Instancji, pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach procesu za obie instancje.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o oddalenie apelacji pozwanego ad. 2 w całości oraz zasądzenie od pozwanego ad. 2 na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Pozwany ad. 1 nie złożył apelacji od ww. wyroku Sądu Okręgowego.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.**

**Apelacja podlegała uwzględnieniu tylko w nieznacznej części.**

Zdaniem Sądu II instancji Sąd Okręgowy dokonał w przeważającej mierze poprawnych ustaleń faktycznych oraz rozważań prawnych i Sąd Apelacyjny te ustalenia i rozważania poczynione przez Sąd Okręgowy podziela i uznaje

za własne, za wyjątkiem nielicznych, o których będzie mowa poniżej, i tym samym nie ma potrzeby ich ponownego przytaczania w tym miejscu (por. wyroki Sądu Najwyższego z 27.03.2012 r., III UK 75/11, z 14.05.2010 r., II CSK 545/09, z 27.04.2010 r., II PK 312/09, z 20.01.2010 r., II PK 178/09, z 08.10.1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999 r. Nr 3, poz. 60).

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów apelacji dotyczących naruszenia przez Sąd Okręgowy zasad postępowania. Trzeba bowiem mieć na względzie, że tylko niewadliwe ustalenia faktyczne mogą być podstawą prawidłowego zastosowania norm prawa materialnego.

Podkreślenia wymaga także w tym miejscu to, że sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przestawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiąza go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego, w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania. Oznacza to, że sąd drugiej instancji nie może z urzędu wziąć pod rozwagę uchybień przepisom prawa procesowego nieobjętych zarzutami apelacji. Obowiązkiem tego sądu jest natomiast rozpoznanie podniesionych w apelacji zarzutów odnoszących się do przepisów postępowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 07.04.2011 r., I UK 357/10, oraz uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego, mająca moc zasady prawnej z 31.01.2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008 r. Nr 6, poz. 55).

Skarżący zarzucił jeśli chodzi o przepisy postępowania naruszenie przez Sąd I instancji art. 233 § 1 k.p.c.

Odnosząc się do tego zarzutu na wstępie należy wskazać, że ugruntowane jest w orzecznictwie stanowisko, że jeśli z danego materiału dowodowego można by wysnuć także inną wersję zdarzeń to jest to za mało, aby apelacja mogła odnieść skutek. Trzeba w apelacji wykazać dlaczego rozumowanie Sądu jest błędne jeśli chodzi o ocenę konkretnych dowodów. Przepis art. 233 § 1 k.p.c. przyznaje bowiem sądowi swobodę w ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a zarzut naruszenia tego uprawnienia tylko wtedy może być uznany za usprawiedliwiony, jeżeli sąd zaprezentuje rozumowanie sprzeczne z regułami logiki bądź z doświadczeniem życiowym. Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza zatem samo stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył Sąd Okręgowy przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001 roku, IV CKN 970/00, Legalis), a tego rodzaju przekonywujących argumentów w apelacji zabrakło. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej, aniżeli przyjął sąd, wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmienna ocena, niż ocena sądu. W granicach swobodnej oceny dowodów rzeczą dopuszczalną, a nawet konieczną przy dowodach wzajemnie sprzecznych, jest danie wiary określonym dowodom i odmówienie wiarygodności innym, w wyniku czego ustalenia faktyczne czynione są jedynie na podstawie dowodów uznanych za miarodajne i wiarygodne, z pominięciem pozostałych. Takie postępowanie nie uzasadnia skutecznego zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zakresie dokonanej oceny wiarygodności poszczególnych dowodów, gdy jednocześnie apelujący nie wykaże - tak jak to ma miejsce na gruncie niniejszej sprawy - że zastosowane przez Sąd Okręgowy kryteria oceny wiarygodności były oczywiście błędne. W świetle powyższego powyższy zarzut może być uznany jedynie wyłącznie za polemikę z ustaleniami dokonanyymi przez Sąd Okręgowy.

Nie można podzielić zarzutu pozwanego, że Sąd I instancji niewszelstronnie rozważył materiał dowodowy, gdyż dał jedynie ograniczoną wiarę zeznaniom świadka A. B., a jednocześnie dał pełną wiarę zeznaniom świadków W. O. (2) i słuchanej w charakterze strony B. O.. Pozwany stanął na stanowisku, że zeznania świadka A. B., zwłaszcza w konfrontacji z zeznaniami świadka D. K., zasługują na danie im pełnej wiary. Z tym stanowiskiem nie można się zgodzić. Analizując zeznania świadka K., na które skarżący powołuje się w apelacji jako wiarygodne, a pominięte lub źle ocenione przez Sąd Okręgowy, choć Sąd ten dał im wiarę, to nie pozwalały one na uznanie, że zeznania innych osób nie mogły stanowić przekonywującego dowodu na okoliczności związane z kwestią terminowości wykonywanych robót. Pozwany nie dostrzega tego, że świadek ten jak sam zeznał pracował na budowie od kwietnia, tymczasem umowa była zawarta w grudniu poprzedniego roku, a powódka weszła na budowę w styczniu 2011 r. Stąd zeznania

świadka K. nie mogły dotyczyć okoliczności związanych z problemami, jakie miały miejsce z wykonaniem umowy w okresie zimowym od stycznia do kwietnia 2011 r. Z tego też względu zeznania tego świadka nie stoją w żaden sposób w sprzeczności z depozycjami innych osób, które zeznawały na temat występujących mrozów i deszczach powodujących przestoje. Poza tym ww. świadek także przyznał, że w czasie, gdy on pracował były solidne deszcze, które mogły być przyczyną przestoju. Podobnie zeznania świadka K. na temat tego, że G. pracował jeszcze po dniu 31 sierpnia 2011 r. nie dowodzą tego, że prace objęte umową nie były wykonane do tego dnia, gdyż G. mógł wtedy realizować roboty dodatkowe, a świadek K. mógł nie mieć wiedzy na ten temat, skoro ten świadek na przedmiotowej inwestycji był od kwietnia 2011r. i pod pojęciem prac, do których wykonania zobowiązany był powód mógł rozumieć zarówno te jakie były objęte przedmiotem umowy, jak również i te, które wynikały ze zmian projektowych i decyzji pozwanych, a więc roboty dodatkowe. Potwierdza to ponadto to, że ostatni z protokołów odbioru prac został podpisany przez strony bez uwag i zastrzeżeń w dniu 31 sierpnia 2011 r. i potwierdza on, że pełen zakres wykonanych przez powoda prac jest zgodny z umową, a suma należności objętych fakturami VAT wystawionymi na podstawie protokołów odbioru prac odpowiada sumie należności, jakie powód miał otrzymać na podstawie zawartej umowy z dnia 14 grudnia 2010 r. po jej aneksowaniu. Fakt, iż strony nie zawarły aneksu do umowy na roboty dodatkowe, ani to że nie został sporządzony nowy harmonogram nie dowodzi także automatycznie tego, że roboty dodatkowe nie były faktycznie zlecone i wykonywane przez powoda. Co istotne, sam pozwany ad. 2 przed powstaniem sporu o zapłatę z powodem, nie kwestionował wykonania przez powoda przedmiotowych robót dodatkowych oraz związanego z tym faktem zwiększenia czasu realizacji inwestycji, o czym świadczy pismo pozwanego ad. 2 z dnia 14 września 2011 r. skierowane do pozwanego ad. 1, w którym pozwany ad. 2 wyraźnie przyznaje, że w trakcie budowy biogazowni R. M. zażądał dokonania dość istotnej zmiany sposobu realizacji prac, co pociągnęło za sobą ważne konsekwencje finansowe i prawne. Także powoływane przez pozwanego ad. 2 w apelacji protokoły z rad budowy stanowią jedynie o opóźnieniu w realizacji harmonogramu, w żadnym zaś z nich nie ma mowy o zwłoce powoda.

Trzeba także wskazać, że zeznania świadka A. B. co do istniejącej przez cały okres obowiązywania umowy istniejącej pomiędzy stronami praktyki płacenia za roboty z wyprzedzeniem, mimo braku ich faktycznego zrealizowania, pozostawała w sprzeczności z pozostałym zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym w postaci dokumentów tj. umową z dnia 14 grudnia 2010 r. wraz z aneksami, wystawionymi przez powoda na rzecz pozwanego ad. 2 fakturami VAT i będącymi ich podstawą protokołami odbioru wykonanych elementów, robót, obiektu podpisanymi przez umocowanych przedstawicieli stron oraz zeznań pozostałych świadków tj. D. K., (który zeznał, że „były finansowe protokoły odbioru robót. Na podstawie takiego protokołu firma wystawiła fakturę i jest on potwierdzeniem wykonanych prac. Aby otrzymać wynagrodzenie, wszystkie roboty musiały być odebrane, aby były odebrane, musiały być wykonane (protokół z rozprawy w dniu 14 stycznia 2015 r. - str. 4) i W. O. (2), a także z dowodem z przesłuchania w charakterze powoda B. O.. Taka praktyka jest rzadko spotykana w przypadku realizacji robót budowlanych, a rzekome dokonywanie przez generalnego wykonawcę stałych płatności na rzecz podwykonawcy z góry, zanim jeszcze prace objęte umową podwykonawczą zostały wykonane, oceniać należy jako sprzeczne z doświadczeniem życiowym. Tym samym wbrew argumentacji skarżącego ocena zeznań świadka A. B. dokona przez Sąd Okręgowy w powyższym zakresie nie zasługiwała na uznanie jej za dowolną, niezgodną za zasadami logicznego rozumowania.

Nie mógł odnieść skutku zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych i w konsekwencji błędne uznanie, że powód nie dokonał cesji wierzytelności na rzecz swoich wierzycieli Stropy S. i B. i w konsekwencji, że powodowi przysługiwała legitymacja czynna do domagania się wypłaty kaucji w wysokości 169.432 zł. W ocenie Sądu Apelacyjnego z materiału dowodowego sprawy nie wynika by strona powodowa na podstawie umowy cesji wierzytelności w rozumieniu art. 509 k.c. przeniosła wierzytelność wynikającą z zatrzymanej kaucji na podmioty trzecie. Nie dowodzi tego także fakt, iż w czasie zeznań B. O. posługiwała się zwrotem cesja, najwyraźniej bez należytego zrozumienia sensu tego pojęcia. Należy zgodzić się z powodem, że adnotacja na piśmie z dnia 29.09.2011 r. (k. 39) może być co najwyżej potraktowana jako zgoda strony powodowej na to, aby pozwana dokonała zwrotu 75% zabezpieczenia dobrego wykonania tj. zwrotu kwot zatrzymanych z faktur wystawionych przez powoda za realizację zlecenia z dnia 14.12.2010 r. nie bezpośrednio powodowi, ale na ręce dwóch wierzycieli strony powodowej wskazanych w treści tego pisma. W sytuacji zatem, na jaką słusznie wskazał Sąd Okręgowy, gdy pozwany nie wykazał, że dokonał



zapłaty dochodzonej niniejszym pozwem kwoty w całości lub w części na ręce ww. podmiotów trzecich, to nie można mówić, że jego dług wobec strony powodowej z powyższego tytułu nie istnieje.

Strona pozwana nie wykazała by istniała po jej stronie w stosunku do powoda wierzytelność z tytułu zwrotu kosztów zakupu materiałów, najmu sprzętu i wynagrodzenia dla pracowników. Dowody powoływane przez pozwaną na okoliczność poniesienia kosztów z tego tytułu nie są wystarczające do tego, aby uznać je za koszty poniesione przez pozwaną, które miała obowiązek ponieść strona powodowa w związku z wykonywaniem umowy łączącej ją z pozwaną, pozwana nie wykazała także że powódka jest bezpodstawnie wzbogacona kosztem pozwanej z tytułu którejś z ww. należności. Ponadto pozwana nie dokonała skutecznego potrącenia wierzytelności z tego tytułu z wierzytelnością powódki dochodzoną pozwem.

Co do zarzutu apelacji związanego z niedostarczeniem dokumentacji powykonawczej, to należy stwierdzić, że z materiału dowodowego wynika, że w dniu 7 lipca 2011 r. doszło do protokolarnego przekazania kompletu dokumentacji technicznej (protokół z dnia 7 lipca 2011 r. - w aktach sprawy, przy piśmie przygotowawczym powoda z dnia 24 lipca 2014 r.). Bezsprzeczne było, że dokumentacja ta umożliwiła uzyskanie przez pozwanego ad. 1 pozwolenia na użytkowanie obiektu biogazowni. Tym samym prawidłowe są ustalenia Sądu I instancji, że powód przekazał projekt wykonawczy w takiej formie i z takimi obliczeniami, które pozwoliły na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu. Obecne twierdzenia, że powód nie wykonał umowy w całości w tym zakresie pozostają ponadto w sprzeczności z tym, że pozwany ad. 2 dokonał odbioru przedmiotu umowy zlecenia z dnia 14 grudnia 2010 r. i zapłaty ustalonego wynagrodzenia z tego tytułu. Potwierdzają to również zeznania świadka W. O. (2): przekazałem dokumentację techniczną, pan P. podpisał mi protokół końcowy do całościowego rozliczenia. Do dzisiaj zbiorniki stoją, otrzymują jakieś nagrody, nie ma z nimi żadnych problemów, nigdy nie mieliśmy reklamacji (protokół rozprawy z dnia 5 sierpnia 2015 r.). Powyższe dowodzi tego, że powód przekazał projekt w takiej formie, która pozwalała na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu, co rodzi domniemanie (art. 231 k.p.c.), że projekt ten był bez wad, a w każdym razie strona pozwana nie wykazała, że projekt ten był wadliwy (niezupelny) w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego w takim stopniu, że jego wartość lub użyteczność była mniejsza ze względu na cel w umowie oznaczony, np. dowodem z opinii biegłego sądowego. Co znamienne, pozwana ad. 2 w toku całego postępowania pierwszo - instancyjnego „z sobie tylko znanych przyczyn” nie zawnioskowała jedynego świadka z jej strony mogącego posiadać pełną wiedzę w tym przedmiocie, a mianowicie kierownika budowy A. P., który przedmiotową dokumentację wykonawczą wraz z obliczeniami od powoda odebrał bez uwag i zastrzeżeń.

Nie był zasadny zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. - poprzez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych i w konsekwencji błędne uznanie, że pozwana (...)A. w sposób dorozumiany zaakceptowała termin 31 sierpnia 2011r. jako rzeczywisty termin zakończenia robót. Także w tym zakresie pozwany nie zdołał podważyć oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego a w konsekwencji powyższego ustalenia Sądu I instancji. Argumentacja Sądu w tym zakresie jest logiczna. Ustalenia Sądu pozwały na przyjęcie domniemania faktycznego, o jakim mowa w art. 231 k.p.c. w powyższym zakresie, w sytuacji gdy z niewadliwych ustaleń Sądu wynikało, że opóźnienia wynikały z trudnych warunków pogodowych oraz konieczności wykonania dodatkowych prac, a odbiory poszczególnych etapów robót objętych umową zlecenia stanowiące podstawę do wystawienia faktur przez powoda, następowały w każdym przypadku bez uwag i zastrzeżeń co do terminu wykonania prac, a ponadto pozwana nie zgłaszała nigdy powodowi, że ten pozostaje w zwłoce w realizacji prac, w tym także w ostatnim podpisanym protokole odbioru prac z dnia 31.08.2011 r. Mało tego dokonał pozwany zapłaty za wykonane roboty bez potrącenia jakichkolwiek kar z tytułu zwłoki w wykonaniu robót i wcześniej pisemnie deklarował zwrot zatrzymanych kaucji. Powyższe rodzi domniemanie faktyczne, że roboty objęte umową były wykonane bez zwłoki. W konsekwencji pojawienie się zastrzeżeń co do terminowości wykonania robót odebranych w sierpniu 2011 r. dużo później tj. poprzez wystawienie dopiero w dniu 18 lutego 2014 r. noty księgowej z tytułu kar umownych za zwłokę w wykonaniu tych robót, czyli w kilka dni po doręczeniu odpisu pozwu stronie pozwanej, co miało miejsce w dniu 14 lutego 2014 r. (zpo. k. 169) nie może być potraktowane inaczej jak przyjęcie taktyki procesowej mającej dać podstawę do odmowy zapłaty kwoty dochodzonej niniejszym pozwem, a w każdym razie zdaniem Sądu Apelacyjnego w takich okolicznościach to na pozwanym

spoczywał obowiązek obalenia domniemania wykonania robót bez zwłoki, np. dowodem z opinii biegłego czemu nie sprostął.

Nie mógł odnieść skutku zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, w szczególności pominięcie przez Sąd treści aneksu nr (...) z 15.04.2011r., który wydłużał termin wykonania przedmiotu umowy przez powoda z dnia 14.04.2011r. do 30.06.2011 r. oraz błędne ustalenie, że powód wykonywał po zakończeniu prac kontraktowych roboty dodatkowe, podczas, gdy zarówno korespondencja powoda, jak i zeznania świadka powołanego przez powoda i przesłuchanie strony powodowej wskazują, że sporne roboty, jakie powód uznaje za dodatkowe miały miejsce na samym początku inwestycji - a więc nie po zakończeniu robót kontraktowych, tylko przed ich rozpoczęciem. Powyższe nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem Sąd Okręgowy jednocześnie wskazał, że powód wykonywał roboty dodatkowe także w międzyczasie, również przed zakończeniem robót kontraktowych.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie mógł również odnieść skutku zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych i uznanie przez Sąd, że wypłacona przez inwestora kwota 130.600 zł nie stanowiła części wynagrodzenia, której obecnie dopominał się powód, Skarżący nie przedstawił w apelacji argumentów, które pozwoliłyby stwierdzić, że Sąd I instancji błędnie uznał, iż materiał dowodowy nie pozwalał na przyjęcie, że była to kwota wypłacona stronie powodowej za wykonane objęte niniejszym sporem roboty, a którą można by zaliczyć na poczet kaucji gwarancyjnej, której zwrotu domaga się strona powodowa. Stąd zarzut naruszenia art. 451 § 1 k.c. nie mógł odnieść skutku.

W podsumowaniu zatem oceny zarzutów naruszenia prawa procesowego należy stwierdzić, że skarżący nie zawarł w apelacji tego rodzaju argumentów, które pozwoliłyby na przyjęcie, że Sąd Okręgowy w toku postępowania pierwszo-instancyjnego oraz przy orzekaniu w sprawie Sąd dopuścił się dopuścił się zarzuczanych mu w apelacji naruszeń procedury cywilnej, które dawałoby podstawę do uznania, że Sąd Okręgowy oparł swe rozstrzygnięcie na błędnych ustaleniach faktycznych. W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy dokonał wnikliwego i wszechstronnego zbadania całokształtu materiału dowodowego w wyniku czego wysnuł prawidłowe wnioski i oceny w powyższym zakresie.

Trafny był jedynie zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego poprzez pominięcie przez Sąd treści umowy zawartej pomiędzy stronami w zakresie terminu zwrotu kaucji gwarancyjnej, co spowodowało zasądzenie od pozwanych odsetek za okresy, w których roszczenia powoda nie mogły być wymagalne. W tej kwestii ustalenia Sądu I instancji wymagają uzupełnienia.

W świetle treści zlecenia z dnia 14.12.2010 r. (k. 8), gdzie mowa jest o terminie obowiązywania gwarancji i zwrotu kwot zabezpieczenia - 70% wysokości zabezpieczenia miało być zwrócone w terminie 30 dni od dnia wykonania całej inwestycji, w tym przedmiotu niniejszego Zlecenia i uznania przez Zamawiającego za należycie wykonane. Pozostałe 30% wysokości zabezpieczenia pozostawione miało być na zabezpieczenie roszczeń z tytułu gwarancji jakości i rękojmi za wady do terminu 15 dni po upływie okresu gwarancji jakości. Przy czym, jak wynika z wcześniejszej treści Zlecenia Zleceniobiorca udzielił gwarancji i rękojmi na wykonany przedmiot Zlecenia na okres 24 miesiące, licząc od daty bezusterkowego odbioru końcowego całej Inwestycji, w tym przedmiotu Zlecenia przez Zamawiającego. Z treści umowy wynika zatem, że wypłata kwoty gwarancji w 70% uzależniona była od wykonania całej Inwestycji, a wypłata 30% od upływu okresu gwarancji dzielonej na okres 24 miesiące licząc od daty bezusterkowego odbioru końcowego całej Inwestycji. Bezspornym było, że cała Inwestycja została odebrana oraz to, że nie były zgłaszane żadne wady i usterki odnośnie spornych robót w terminie 24 miesiące oraz, że nie doszło do odbioru końcowego całej inwestycji od pozwanej, gdyż pozwana odstąpiła od umowy. W świetle powyższego oraz wobec twierdzeń samego pozwanego ad. 2 zawartych w odpowiedzi na pozew, że o wykonaniu całej inwestycji w tych okolicznościach można mówić dopiero od dnia 3 kwietnia 2012 r., zdaniem Sądu Apelacyjnego zwolnienie zatrzymanych 70% kwoty gwarancji czyli kwoty 169.432 zł winno nastąpić najpóźniej z dniem 5 maja 201 r., a pozostałych 30% czyli kwoty 72.613,35 zł z dniem 18 maja 2014 r. (24 miesiące gwarancji plus 15 dni).

W tym miejscu należy wskazać, że zasadnie Sąd Okręgowy uznał, że pozwana nie wykazała by miała podstawę do potrącenia z dochodzoną kwotą z tytułu zwrotu kaucji własnej wiarygodności z tytułu kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy. Termin umowy faktycznie nie został dotrzymany, gdyż prace miały być oddane w czerwcu a oddano je w sierpniu. Jednakże w ocenie Sądu Apelacyjnego strona powodowa zdołała wykazać, że powyższe opóźnienie nie było przez nią zawinione, bowiem miały na to wpływ okoliczności niezależne od strony powodowej wskazane w uzasadnieniu Sądu Okręgowego tj. złe warunki pogodowe (bardzo niskie temperatury, silne deszcze) oraz konieczność wykonania w trakcie realizacji umowy robót dodatkowych tą umową pierwotnie nieprzewidzianych, o czym była mowa wyżej. Trzeba przy tym wskazać, że strona pozwana nie zawarła w apelacji argumentów, które podważyłyby ocenę materiału dowodowego w tym aspekcie, a w konsekwencji podważyłyby ustalenia Sądu Okręgowego co do przyczyn opóźnienia. Poza tym nota obciążeniowa nr NO- (...), w której strona pozwana naliczyła powódce karę umowną w kwocie 484.989 zł z tytułu opóźnień od dnia 01.07.2011r. obejmuje okres aż do 02.04.2012 r, co nie znajduje zupełnie uzasadnienia.

Tym samym, skoro kara umowna mogła być naliczona tylko za zwłokę (art. 476 k.c. czyli za niewykonanie świadczenia w terminie z powodów zawinionych przez przyjmującego zamówienie i za które ponosi odpowiedzialność, a nie za zwykle opóźnienie), to strona pozwana nie była uprawniona do obciążenia nimi strony powodowej i w konsekwencji nie powstała wymagalna wiarygodność z powyższego tytułu, którą pozwana mogłaby potrącić z wiarygodnością strony powodowej dochodzoną w niniejszym procesie.

Nietrafny był zarzut naruszenie art. 6 k.c. Naruszenie tego przepisu polega na przyjęciu przez sąd, że ciężar udowodnienia określonego faktu spoczywa na innej osobie niż wskazana w tym przepisie, co może w konsekwencji prowadzić do wydania orzeczenia niekorzystnego dla osoby, której dowód w rzeczywistości nie obciążał (podobnie wyr. SN z 29.4.2011 r., I CSK 517/10, Legalis, oraz z 6.10.2010 r., II CNP 44/10, Legalis). Wbrew wywodom apelacji Sąd Okręgowy nie wywodził tego, że ciężar udowodnienia wykonania całego przedmiotu umowy i tego, że została ona wykonana w całości do 31 sierpnia 2011 r. nie leżał po stronie powodowej. Sąd Okręgowy jedynie uznał, że te okoliczności częściowo są niesporne, a częściowo zostały wykazane przez stronę powodową powołanymi przez nią dowodami z dokumentów i świadków. Takie sformułowanie, że ciężar wykazania tych okoliczności spoczywał na pozwanych nie pada w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Sąd I instancji powołał się wprawdzie raz na art. 6 k.c., ale jedynie wtedy, gdy stwierdził, że pozwany w żaden sposób nie wykazał, do czego był zobowiązany na gruncie art. 6 k.c., aby miał zastrzeżenia odnośnie terminu wykonania prac. Nie można także zgodzić się ze skarżącym, że w sprawie nie zostało wykazane, że cały przedmiot umowy został wykonany przez powoda.

Dodatkowo należy jeszcze wskazać, z uwagi na treść art. 378 § 2 k.p.c., który stanowi, że w granicach zaskarżenia sąd drugiej instancji może z urzędu rozpoznać sprawę także na rzecz współuczestników, którzy wyroku nie zaskarżyli, gdy będące przedmiotem zaskarżenia prawa lub obowiązki są dla nich wspólne, że nie były zasadne wątpliwości pozwanego ad. 1 R. M. zasygnalizowane w jego odpowiedzi na pozew, co do możliwości domagania się przez powoda od niego jako inwestora solidarnie z pozwanym ad. 2 zapłaty kwoty stanowiącej kaucję gwarancyjną. Argumentacja pozwanego R. M. prezentowana przed Sądem Okręgowym co do tego, że roszczenie objęte niniejszym pozwem jest w stosunku do niego jako inwestora bezzasadne, z uwagi na to, że solidarna odpowiedzialność inwestora obejmuje tylko roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, a nie obejmuje roszczeń objętych pozwem tj. takich jak np. roszczenia z tytułu kar umownych i kaucji gwarancyjnych.

Należy zgodzić się z pozwanym, że jednolicie przyjmuje się w orzecznictwie i doktrynie, że z treści przepisu art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. wynika, że podwykonawca może skutecznie dochodzić od inwestora wyłącznie samej kwoty wynagrodzenia (vide wyrok SN z 05.09.2012 r. sygn. akt. IV CSK 91/12). To wąskie ujęcie ma ogromne znaczenie dla oceny dopuszczalności dochodzenia zwrotu „kaucji”. W przypadku bowiem przyjęcia, że nie są one częścią wynagrodzenia należnego podwykonawcy, inwestor będzie mógł się uchylić od ich zapłaty.

Analizując powyższą kwestię na wstępie należy wskazać, że w ramach przewidzianej w art. 353<sup>1</sup> k.c. swobody kontraktowania strony mogą ustanowić różne zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Sposobem

zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest m. in.: wpłata kaucji, czyli określonej kwoty, będącej jak gdyby w depozycie uprawnionego na oznaczony czas z prawem pobierania na zaspokojenie roszczenia po ziszczeniu się umówionego warunku.

Umowa kaucji (poza kaucją bankową) nie została zdefiniowana ustawowo. Polega ona na tym, że kaucjodawca przekazuje oznaczoną kwotę pieniędzy, a kaucjobiorca może z nich korzystać i zobowiązuje się do ich zwrotu (vide: wyrok SN z 19.01.2011 r., sygn. akt V CSK 204/10). Wskazano też cechy tej umowy takie jak kauzalność, akcesoryjność i realność. Jest to umowa kauzalna, gdyż prawną przyczyną przysporzenia jest zabezpieczenie wierzytelności, akcesoryjna, gdyż jest ściśle związana ze stosunkiem prawnym, który zabezpiecza oraz nosi cechy depozytu nieprawidłowego. Ponadto jest umową realną, w której kaucjodawca przekazuje oznaczoną kwotę pieniędzy, a kaucjobiorca może z nich korzystać i zobowiązuje się do zwrotu, wymaga zatem przeniesienia własności przedmiotu kaucji, czyli konieczne jest przeniesienia posiadania. Trzeba także dodać, że o tym czy mamy do czynienia z umową kaucji gwarancyjnej nie decyduje posługiwanie się przez strony terminologią odwołującą się do kaucji ani oznaczenie celu świadczenia jako zabezpieczenie określonych roszczeń, ani też fakt, iż postanowienia dotyczące zabezpieczenia zostały zawarte w innym paragrafie umowy, niż określający wynagrodzenie. Dla ustalenia czy w danym przypadku pomiędzy stronami doszło do zawarcia umowy kaucji „wciągniętej” do umowy o wykonanie robót budowlanych konieczne jest zbadanie treści umowy z uwzględnieniem kryteriów, które prawo przewiduje dla oceny, jaka była rzeczywista wola kontraktujących stron m.in. kontekst sytuacyjny pozostający w związku ze znaczeniem wyrażen językowych użytych w umowie, przebieg negocjacji, dotychczasowej współpracy stron, zachowanie stron, sposób wykonania zobowiązania oraz inne zachowania przejawiane przez strony po zawarciu umowy, cel umowy itp. Nawet użycie zwrotu „kaucja” w treści umowy (z czym zresztą nawet nie mamy do czynienia w niniejszym sporze) nie przesądza sprawy. O tym czy mamy do czynienia z umową kaucji gwarancyjnej nie decyduje bowiem posługiwanie się przez strony terminologią odwołującą się do kaucji ani nawet oznaczenie celu świadczenia, jako zabezpieczenie określonych roszczeń, ani też fakt, iż postanowienia dotyczące zabezpieczenia zostały zawarte w innym paragrafie umowy niż określający wynagrodzenie (vide: wyrok SA w Gdańsku z 29.5.2015r., sygn. akt I ACa 13/15). Aby ustalić zawarcie umowy kaucji gwarancyjnej analiza zapisów umowy musi skutkować przyjęciem, że występują wszystkie cechy takiej umowy opisane powyżej. Brak któregoś z nich będzie prowadził do wniosku, że w istocie strony używały określenia „kaucja” w kolokwialnym znaczeniu tego zwrotu, mając na myśli pewną formę zabezpieczenia, a realne ustalenia sprowadzały się jedynie do odroczenia terminu płatności części wynagrodzenia, które miało na celu ułatwienie generalnemu wykonawcy realizację ewentualnych roszczeń.

Zabezpieczenie roszczeń gwarancyjnych może jednak nastąpić także w inny sposób, poprzez zatrzymanie części wynagrodzenia należnego wykonawcy. W sytuacji takiej strony umowy nie ustanawiają obowiązku zapłacenia kaucji gwarancyjnej, ale postanawiają, że określona część wynagrodzenia zostanie zatrzymana przez zleceniodawcę robót do określonego momentu związanego z realizacją zadań, których prawidłowość wykonania została w ten sposób zabezpieczona. Zatrzymywana kwota nie traci wówczas swojego charakteru wynagrodzenia, zostaje jedynie przesunięty wola stron termin jej wymagalności. Nie dochodzi do wydania tej kwoty, ale do odroczenia terminu jej zapłaty. Umowa taka pozbawiona jest zatem cechy realności.

Brak jest zatem podstaw do utożsamienia kaucji gwarancyjnej z zabezpieczeniem w postaci zatrzymania wynagrodzenia. Fakt, iż oba zabezpieczenia pełnią taką samą funkcję nie oznacza, iż tożsamy jest ich charakter prawny. Nadanie bowiem zatrzymanemu wynagrodzeniu funkcji zabezpieczającej nie zmienia jego charakteru prawnego. Zabezpieczenie przez zatrzymanie wynagrodzenia wykonawcy jest bardzo często stosowane w umowach o roboty budowlane, czy też innych umowach, których przedmiot składa się na rezultat w postaci budowy, bowiem jest ono najprostszym sposobem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ale przy zabezpieczeniu przez zatrzymanie wynagrodzenia wykonawca jedynie zawiera stosowną umowę z zamawiającym, nie przenosi na zamawiającego własności przedmiotu kaucji w jakiegokolwiek formie – zatrzymanie polega na przesunięciu terminu płatności wynagrodzenia, z możliwością zaspokojenia roszczeń z zatrzymanej kwoty (poprzez potrącenie). Niewątpliwie zaś postanowienia umowy kaucji gwarancyjnej, nawet gdy są zawarte w umowie o roboty budowlane, nie stanowią elementów przedmiotowo istotnych tej umowy, wynikają zatem z odrębnego stosunku prawnego.

Z powyższego wynika, że brak jest podstaw do utożsamiania kaucji gwarancyjnej z zabezpieczeniem w postaci zatrzymania wynagrodzenia wykonawcy (podwykonawcy). O tym czy mamy do czynienia z jednym, czy też z drugim sposobem zabezpieczenia nie decyduje przy tym terminologia, jaka została użyta w postanowieniach zawartej przez strony umowy, gdyż zgodnie z art. 65 § 2 k.c. w umowie należy raczej badać, jaki był jej zgodny zamiar stron i cel zawarcia umowy, a nie opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Oznacza to, że nawet użycie w umowie określenia kaucji gwarancyjnej nie przesądza jeszcze o tym, iż mamy do czynienia z tego rodzaju czynnością prawną, z tego rodzaju formą zabezpieczenia.

Przenosząc powyższe teoretyczne rozważania na grunt niniejszej sprawy należy zauważyć, że dokonując wykładni postanowień umowy zawartej przez stronę powodową z pozwanym generalnym wykonawcą, a w szczególności brzmienia Zlecenia z dnia 4.12.2010r. o treści „W przypadku niedostarczenia ww. gwarancji przez Zleceniobiorcę, Zleceniodawca zatrzyma z pierwszej i/lub kolejnej faktury Zleceniobiorcy łączną kwotę w wysokości j.w. na ten sam okres”, według reguł interpretacyjnych wyrażonych we wskazanym art. 65 k.c. (w oparciu o tekst umowy, gdyż strony nie wniosowały np. o przeprowadzenie dowodów na okoliczność wykładni oświadczenia woli zawartego w obu umowach w omawianym zakresie), zwrócić należy uwagę, że z żadnego zapisu Zlecenia nie wynikał obowiązek podwykonawcy uiszczenia określonej kwoty pieniężnej na rzecz zamawiającego tytułem kaucji gwarancyjnej czy też tytułem pokrycia jakiegokolwiek innej formy zabezpieczenia dobrego wykonania umowy. Tym samym należało uznać, że (...)A. była na mocy umowy stron uprawniona do dokonania zatrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% brutto wartości Zlecenia z tytułu gwarancji należytego wykonania umowy i była obowiązana do zwrotu tego zabezpieczenia w określonych w umowie przypadkach. Nie sposób było przyjąć, że zawierając umowę, jej strony utożsamiały zabezpieczenie inaczej niż zatrzymanie części należności z przysługującego wykonawcy wynagrodzenia. Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że forma zabezpieczenia jaką strony uzgodniły, to zatrzymanie części wynagrodzenia należnego wykonawcy. W związku z czym powódka z tytułu wykonanych robót mogła mieć roszczenie o zapłatę reszty wynagrodzenia, a nie o zwrot kaucji. Powyższe prowadzi także do wniosku, że użycie przez powódkę w uzasadnieniu pozwu m. in. zwrotu „że odpowiedzialność pozwanego ad. 1 R. M. jako inwestora za zwrot kaucji wynika z przepisu art. 647<sup>1</sup> § 5 kodeksu cywilnego” miało bardziej charakter potoczny niż prawny.

Reasumując dotychczasowe rozważania stwierdzić należy, że interpretacja umowy zawartej przez powódkę jako podwykonawcę z pozwaną jako generalnym wykonawcą oparta na jej literalnym brzmieniu, wskazuje, że zamiarem stron było ustanowienie takiego sposobu zabezpieczenia należytego wykonania przez podwykonawcę umowy jak i roszczeń generalnego wykonawcy wynikających z gwarancji i rękojmi, który miał polegać na zatrzymaniu części należnego powódce wynagrodzenia, a nie na przeniesieniu na rzecz zamawiającego określonej kwoty pieniężnej tytułem kaucji gwarancyjnej. Powódka wyraziła jedynie zgodę na niewypłacanie jej przez określony czas części należnego za wykonane roboty budowlane wynagrodzenia oraz na ewentualne pokrycie z tego wynagrodzenia roszczeń generalnego wykonawcy wynikających z nienależytego wykonania umowy, roszczeń gwarancyjnych i rękojmianych. Zatrzymane wynagrodzenie miało pełnić funkcję zbliżoną do kaucji gwarancyjnej, ale nią nie było wobec nie przeniesienia własności środków pieniężnych przez podwykonawcę na generalnego wykonawcę. Innymi słowy zawarta przez strony umowa pozbawiona była cechy realności, charakterystycznej dla umowy kaucji gwarancyjnej. Wbrew stanowisku pozwanego R. M. nadanie zatrzymanemu wynagrodzeniu funkcji zabezpieczającej nie zmieniło jego charakteru prawnego, został jedynie przesunięty wolą stron termin jego wymagalności.

Trzeba zatem wskazać, że roszczenie o zapłatę zatrzymanej tytułem zabezpieczenia części wynagrodzenia podlegało regulacji z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. co oznacza, że powódka jako podwykonawca mogła dochodzić powyższego wynagrodzenia również w stosunku do R. M. jako inwestora, który w tym zakresie ponosi solidarną odpowiedzialność z generalnym wykonawcą. Z takim też żądaniem w niniejszej sprawie powódka wystąpiła domagając się zwrotu zatrzymanych kwot jako żądaniem zwrotu części wynagrodzenia za roboty budowlane, której jako podwykonawca nie otrzymała (por. wyrok SN z 5.11.2015 r., V CSK 124/15, wyrok SN z 5.09.2012 r., IV CSK 91/12, niepubl., uchwała SN z 28.06. 2006 r., III CZP 36/06, OSNC 2007/4/52, wyrok SA w Szczecinie z 2017.05.10, I ACa 1025/16, wyrok SA w Katowicach z 017.05.09, V ACa 173/17, wyrok SA w Gdańsku z 29.05.2015 r., sygn. akt I ACa 13/15, wyrok SA w Białymstoku z 24.09.2015 r., sygn. akt II Ca 679/15). Ponadto uprawnienie stron umowy do zastrzegania określonych, w ramach

swobody kontraktowej, sposobów zabezpieczeń nie może prowadzić do wyłączenia albo ograniczenia prawnej ochrony wynagrodzenia należnego podwykonawcom za wykonane przez nich roboty budowlane, a przewidzianej przepisami art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. Ustawodawca jednoznacznie wprowadził w art. 647<sup>1</sup> § 6 k.c. sankcję nieważności takich postanowień umownych, które byłyby odmienne od przewidzianych w całym art. 647<sup>1</sup> k.c. norm bezwzględnie obowiązujących, a więc naruszałyby także i wynikającą z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. szczególną ochronę prawną wynagrodzenia należnego podwykonawcy za wykonane roboty budowlane.

Sąd Apelacyjny uwzględnił zatem apelację pozwanej spółki jedynie w zakresie odsetek żądanych od kwoty 169.432,00 zł i kwoty 72.613,35 zł tj. uznał, że w świetle treści zlecenia z dnia 14 grudnia 2010 r. są one zasadne za okres późniejszy tj. dopiero od dnia 4 maja 2012 r. i z tego względu oddalił odsetki ustawowe od tej kwoty za okres od dnia 1 października 2011 r. do dnia 3 maja 2012 r. Podobnie za niezasadne zostało uznane żądanie odsetek od kwoty 72.613,35 zł od daty jak wskazana została w zaskarżonym wyroku i zasądzono je także od daty późniejszej tj. od dnia 19 maja 2014 r. i oddalono odsetki ustawowe od tej kwoty za okres od dnia 15 września 2013 r. do dnia 18 maja 2014 r.

***W tym stanie rzeczy zaskarżony wyrok został częściowo zmieniony na podstawie art. 386 § 1 k.p.c., a w pozostałym zakresie apelacja pozwanej została oddalona na podstawie art. 385 k.p.c.***

***O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono, uznając, że strona powodowa uległa tylko co do nieznacznej części swego żądania, na podstawie art. 100 zd. drugie k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 2 pkt 7 i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych w wersji tego przepisu obowiązującej po jego zmianie, która weszła w życie po 27 października 2016, tj. w wersji obowiązującej w dacie wniesienia apelacji, co miało miejsce w listopadzie 2016 r.***