

Sygn. akt VII AGa 1180/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 czerwca 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący SSA Ewa Zalewska (spr.)

Sędziowie: SA Anna Rachocka

SA Tomasz Wojciechowski

Protokolant: protokolant Agata Wawrzyńkiewicz

po rozpoznaniu w dniu 13 czerwca 2019 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa P. J. (1)

przeciwko (...) sp. z o. o. w upadłości likwidacyjnej w L., (...) sp. z o. o. w W. (następca prawny (...) sp. z o. o. w W., poprzednio (...) sp. z o. o. w W.), (...) sp. z o. o. w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego (...) sp. z o. o. w W.

od wyroku częściowego Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 11 kwietnia 2017 r., sygn. akt XX GC 1394/13

I oddala apelację;

II zasądza od (...) sp. z o. o. w W. na rzecz P. J. (1) kwotę 4050 zł (cztery tysiące pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VII AGa 1180/18

UZASADNIENIE

Powód P. J. (1) pozwem z dnia 9 grudnia 2013 r. wniósł o zasądzenie od pozwanych (...) sp. z o.o. w L. (obecnie w upadłości likwidacyjnej, dalej także: H., pozwany ad. 1 lub generalny wykonawca), (...) sp. z o.o. w W. (dalej także: Q., pozwany ad. 2 lub inwestor), którego następcą prawnym jest (...) sp. z o.o. w W., (...) sp. z o.o. w W. (dalej także: (...), pozwany ad. 3) solidarnie kwoty 133.285 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 21 grudnia 2012 r. do dnia zapłaty. W uzasadnieniu wskazał, że domaga się zasądzenia wskazanej kwoty, która została zatrzymana tytułem kaucji na zabezpieczenie wykonania przedmiotu umowy. Podał, że zawarł z H. umowę o podwykonawstwo robót budowlanych, zaś inwestycja była prowadzona przez spółkę (...), której jedynym wspólnikiem była (...). Wskazał, że zaszły przesłanki do żądania zwrotu zatrzymanej kwoty wynagrodzenia tak od inwestora jak i od wykonawcy robót budowlanych.

Pozwany ad. 1 - H. w piśmie z dnia 14 lutego 2014 r. (k. 314) oznaczonym omyłkowo jako sprzeciw od nakazu zapłaty (vide notatka służbowa k. 313) wskazał, że postanowieniem z dnia 21 stycznia 2014 r. Sąd rejonowy Lublin-Wschód w Lublinie z siedzibą w Świdniku IX Wydział Gospodarczy ds. Upadłościowych i Naprawczych ogłosił jego upadłość

obejmującą likwidację majątku, a wierzytelności powoda objęte powództwem podlegać będą zaspokojeniu z masy upadłości.

Pozwany ad. 2 (...) Sp. z o. o. w odpowiedzi na pozew z dnia 10 marca 2014 r. (k. 431) domagał się oddalenia powództwa i zasądzenia kosztów procesu wg norm przepisanych. Zakwestionował swoją solidarną odpowiedzialność z pozwanymi. Wskazał na postępowanie upadłościowe H.. Potwierdził, że jest spółką celową, która powstała na potrzeby zrealizowania w M., przy ulica (...), inwestycji stanowiącej zespół budynków wypoczynkowo – mieszkalnych, wielorodzinnych, z usługami, o nazwie (...). Potwierdził również, że jedynym udziałowcem jest (...). Przyznał, że zawarł z pozwanym H. umowę o roboty budowlane w systemie generalnego wykonawstwa i działał w charakterze inwestora, zaś pozwany H. był generalnym wykonawcą. Wskazał, że nie doszło do zmiany terminu wykonania umowy z 30 czerwca 2012 r. Zarzucił, że H. nie przedstawił do akceptacji umów, z którymkolwiek z podwykonawców, którym zamierzał zlecić, czy też ostatecznie zlecił wykonanie robót w ramach inwestycji. Podkreślił, że nie był informowany, jaki dokładnie zakres robót jest wykonywany przez podwykonawców, ani też o warunkach rozliczenia. Przyznał, że roboty elektryczne ostatecznie zostały zlecone przez generalnego wykonawcę dwóm nieznanym wcześniej inwestorowi podwykonawcom. Wskazał na wzmiankę w tym zakresie w dzienniku budowy, która zawierała wyłącznie nazwę i adres powoda oraz informację, że ma on wykonać instalacje elektryczne i teletechniczne. Podał, iż mógł dowiedzieć się o tym dopiero podczas odbioru końcowego robót elektrycznych, co miało miejsce w dniu 22 października 2012 r. Wskazał, że inwestycja została zrealizowana z opóźnieniem, skutkiem czego generalny wykonawca został obciążony karami umownymi na zasadach przewidzianych w umowie. Podkreślił, że nie miał okazji ani możliwości zapoznania się z treścią umowy o podwykonawstwo. Zarzucił także, że solidarna odpowiedzialność obejmuje wyłącznie obowiązek zapłaty wynagrodzenia, tak więc roszczenie powoda nie ma oparcia w przepisie art. 647¹⁾ k.c. Wskazał również, że H. dokonał skutecznie potrącenia kwoty, której powód domaga się w pozwie. Pozwany wnosił o zawieszenie postępowania w sprawie i podjęcie go dopiero po zgłoszeniu przez powoda objętej pozwem wierzytelności do masy upadłości pozwanego ad. 1 oraz ustaleniu w ramach postępowania upadłościowego, czy zgłoszona wierzytelność zostanie uznana i umieszczona na liście wierzytelności.

Pozwany ad. 3 - (...) Sp. z o. o. w odpowiedzi na pozew z dnia 10 marca 2014 r. (k. 327) także domagał się oddalenia powództwa i zasądzenia kosztów procesu. Zakwestionował swą solidarną odpowiedzialność z pozostałymi pozwanymi mającą mieć swoje źródło w przepisie art. 647⁽¹⁾ § 5 k.p.c. Przyznał, że jest jedynym wspólnikiem spółki (...) sp. o.o. w W., która wcześniej działała pod firmą (...) sp. o.o. w W. i która została założona na potrzeby zrealizowania w M. inwestycji stanowiącej zespół budynków wypoczynkowo – mieszkalnych, wielorodzinnych wraz z usługami o nazwie (...). Podał, że spółki wchodzi w skład jednej grupy kapitałowej, działającej pod wspólną nazwą, są jednak odrębnymi osobami prawnymi, zaś pozwany jako udziałowiec nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania pozwanego inwestora. Wskazał, iż nie miał możliwości dowiedzenia się o tym, że powód realizował część zadania jako podwykonawca. Zarzucił, że roszczenie powoda nie jest roszczeniem o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, a tylko za takie pozwany ewentualnie mógłby ponosi odpowiedzialność. Nadto wskazał, że wierzytelność uległa umorzeniu na skutek potrącenia dokonanego przez H.. Pozwany ten także wnosił o zawieszenie postępowania w sprawie i podjęcie go dopiero po zgłoszeniu przez powoda objętej pozwem wierzytelności do masy upadłości pozwanego ad. 1 oraz ustaleniu w ramach postępowania upadłościowego, czy zgłoszona wierzytelność zostanie uznana i umieszczona na liście wierzytelności.

Postanowieniem z dnia 14 maja 2014 r. postępowanie w stosunku do pozwanego H. zostało zawieszona na podstawie art. 177 § 1 pkt 4 k.p.c. (k.546). , przy czym z uzasadnienia tego orzeczenia wynika, że faktyczną podstawą prawną wydania tego postanowienia był art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c., a nie powołany w sentencji art. 177 § 1 pkt 4 k.p.c. (Pełnomocnik powoda pismem z dnia 29 maja 2014 r. k. 560 wmiksował o sprostowanie powyższego jako oczywistej omyłki, na którym to wniosku widnieje zarządzenie s. ref. „do rozpoznania na rozprawie”).

W toku sprawy strony podtrzymywały swoje stanowiska w sprawie.

Sąd Okręgowy wyrokiem częściowym z dnia 11 kwietnia 2017 r. wydanym w stosunku do (...) sp. z o.o. w (...) sp. z o.o. w W. orzekł, co następuje:

I. zasądził od pozwanego (...) sp. z o.o. w W. na rzecz powoda P. J. (1) kwotę 133.285 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 15 lutego 2014 r. do dnia zapłaty;

II. oddalił powództwo w pozostałym zakresie;

III. zasądził od powoda P. J. (1) na rzecz pozwanego (...) sp. z o.o. w W. kwotę 10.817,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

IV. kosztami procesu w pozostałym zakresie obciążył (...) sp. z o.o. w W., pozostawiając szczegółowe ich wyliczenie referendarzowi sądowemu.

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

W dniu 16 września 2010 r. (...) w (...) spółka z o.o. zawarł z H. umowę o roboty budowlane. Przedmiotem umowy było wykonanie robót budowlanych, niezbędnych do wykonania inwestycji, obejmującej budowę zespołu budynków wypoczynkowo-mieszkalnych, wielorodzinnych z usługami, garażami podziemnymi, infrastrukturą techniczną, instalacjami, na nieruchomościach gruntowych położonych w M. przy ul. (...). W § 16 strony ustaliły, że inwestor wyraża zgodę na wykonanie przez generalnego wykonawcę robót przy pomocy podwykonawców (umowa wraz z aneksami, k. 461 i nast.)

W dniu 30 marca 2011 r. P. J. (1) zawarł z H. umowę, której przedmiotem było wykonanie robót elektrycznych w zakresie wykonania instalacji elektrycznych i teletechnicznych w całym zespole budynków wypoczynkowo-mieszkalnych, wielorodzinnych z usługami i garażem podziemnym, infrastrukturą zlokalizowanych w M. przy ul. (...) na działkach gruntu o nr 9/1, 9/2 oraz części działki (...). Na przedmiot umowy składały się roboty podstawowe i pomocnicze, wynikające z projektu wykonawczego, w zakresie instalacji elektrycznych i teletechnicznych budynków mieszkalnych, wielorodzinnych(...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) wraz z garażem podziemnym oraz planu zagospodarowania terenu, za wynagrodzeniem ryczałtowym 2.070.000 zł netto. Strony ustaliły, że roboty rozpoczną się 4 kwietnia 2011 r. a zakończą się 20 marca 2012 r. Strony przewidziały, że ustalone w harmonogramie terminy realizacji robót mogą ulec przesunięciu, w przypadku powstania opóźnień w przekazaniu wykonawcy frontu robót, wstrzymania robót na skutek siły wyższej, przerw w dostawie mediów. Strony ustaliły także, że zmiana terminu wymaga, pod rygorem nieważności, formy pisemnej. Jako zabezpieczenie dobrego wykonania przedmiotu umowy ustanowiono zabezpieczenie w postaci zatrzymania 10% wartości netto wykonanych robót. Zwrot 50% kwoty zatrzymanej miał nastąpić w terminie 30 dni licząc od dnia odbioru końcowego zadania dokonanego przez inwestora. Pozostałe 50% miało zostać zwrócone po upływie rękojmi i gwarancji. Strony ustaliły, że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,3% wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia. Na poczet kaucji gwarancyjnej H. miał prawo zatrzymać 10% wynagrodzenia. Zwrot 50% kaucji miał nastąpić w terminie 30 dni od dnia odbioru końcowego dokonanego przez inwestora, a kolejne 50% miało zostać zwrócone po okresie rękojmi gwarancji (umowa nr (...)/(...) M./2011 z dnia 30 marca 2011 r wraz z aneksem, k. 63 wraz z aneksem).

W dniu 1 marca 2012 r. strony zawarły aneks nr (...) do umowy, w którym ustalono, że z uwagi na roboty dodatkowe termin zakończenia robót zostaje przesunięty na 25 maja 2012 r. oraz odpowiednio 25 czerwca 2012 r. (aneks do umowy z 1 marca 2012 r., k. 63).

P. J. (1) był podwykonawcą robót elektrycznych i teletechnicznych generalnego wykonawcy H. na obiekcie przy ul. (...) w M.. Na budowie ustalony został sposób komunikacji i zawiadamiania uczestników procesu budowlanego, który polegał na tym, że do obsługi inwestycji założono „konto ftp” o nazwie (...) (...) oraz (...) na serwerze. Konto było udostępnione do odczytu inwestorowi i pobierania dokumentów. P. J. (1) został ujawniony w systemie jako podwykonawca (akt notarialny, k. 846 i nast., zgłoszenie podwykonawców, karta informacyjna, k. 850 i nast.). P.

J. (1) jako podwykonawca uczestniczył w naradach na budowie. Znany był przedstawicielom inwestora na budowie (protokół z narady, k. 67- 68, zeznania świadków). Został ujawniony w dzienniku budowy jako podwykonawca H. (k. 425). P. J. (1) otrzymał część wynagrodzenia bezpośrednio od inwestora (zeznania świadka P. J. (2)).

Zatrudniony był także inny podwykonawca robót instalacyjnych i elektrycznych J. B.. Wykonał on roboty w niewielkim zakresie (ok. 10% tego co wykonał powód (pismo z dnia 9 października 2012 r., k. 427 i 22 października 2012 r., k. 428, zeznania świadków T. W. 00.23 i nast., zeznania P. J. (2) 00.27 i nast.)

P. J. (1) wzywał H. do zapłaty wynagrodzenia, a pisma te były wysyłane także inwestorowi (pismo z dnia 10 listopada 2011 r. i 22 listopada 2011 r., k. 65 i 66). P. J. (1) pismem z dnia 7 grudnia 2011 r. i 25 czerwca 2012 r. zawiadomił inwestora o zaległościach płatniczych wykonawcy H. (pismo z dnia 7 grudnia 2011 r., k. 69 i 156). Nie było możliwe wykonanie w terminie prac na podstawie umowy i aneksu nr (...), gdyż zaistniały opóźnienia w pracach H. oraz pozostałych podwykonawców. Nadto zmieniło się przeznaczenie części obiektu, a co za tym idzie zaszła konieczność wykonania robót dodatkowych (zeznania świadków). W dniu 23 sierpnia 2012r. P. J. (1) zgłosił H. zakończenie robót (kopia zgłoszenia z dnia 23 sierpnia 2012 r., k. 165).

Zgodnie z § 9 umowy w H. jako wykonawca prac budowlanych w ramach inwestycji zatrzymał 10% wynagrodzenia P. J. (1), na poczet kaucji gwarancyjnej, mającej służyć zabezpieczeniu dobrego wykonania przedmiotu umowy. Kaucja wynosiła łącznie 266.135,42 zł (bezsporne).

W odpowiedzi H. poinformował, że inwestor nie przyjął dokumentacji powykonawczej, uznając ją za niekompletną oraz nie potwierdził zakończenia robót wykonywanych przez P. J. (1). Wezwał ponadto P. J. (1) do zakończenia prac oraz uzupełnienia dokumentacji powykonawczej w terminie do 11 października 2012 r. (kopia pisma z dnia 9 października 2012r., k. 168).

W dniu 15 października 2012 w P. J. (3) przekazał H. protokół przekazania uzupełnionej dokumentacji powykonawczej (kopia przekazania uzupełnionej dokumentacji, k. 169 i nast.). Ostatecznie w dniu 22 listopada 2012 r. dokonany został odbiór i sporządzony protokół (kopia protokołu z 22 października 2012 r.).

H. oświadczył P. J. (1), iż zwrot 50% zatrzymanej kaucji nastąpi terminie 30 dni po odbiorze końcowym, a pozostała kwota po upływie okresu rękojmi i gwarancji (pismo z 29 listopada 2012 r., k. 196 i 18 grudnia 2012 r., k. 199). W dniu 20 grudnia 2012 r. dokonano definitywnego odbioru końcowego przedmiotu umowy, który został podpisany przez inwestora (kopia protokołu końcowego z 20 grudnia 2012 r., k. 201 i nast.).

H. oświadczył, że dokonuje potrącenia wierzytelności z tytułu kar umownych za opóźnienie w wykonaniu umowy wysokości 658.829 zł za 85 dni opóźnienia, z wierzytelnością wynikającą z zatrzymanej kaucji w kwocie 265.569 zł (kopia pisma z 27 marca 2013r., k. 206).

W dniu 8 sierpnia 2013 r. (...) sp. z o.o. (...) W. sp.k. i (...) zawarły porozumienie, na podstawie którego (...) oświadczyła, że dokonała zatrzymania kwoty 2.733.170 4,69 z tytułu faktur, tytułem gwarancji dobrego wykonania inwestycji (...), realizowanej na podstawie umowy, a termin zwrotu gwarancji określa umowa. Strony ustaliły, że kaucja, w części niewykorzystanej, zgodnie z postanowieniami umowy zostanie zwrócona H. w ciągu 14 dni od dnia jej wymagalności, pod warunkiem nieistnienia roszczeń podwykonawców H., wobec którejkolwiek ze stron. W przypadku, gdyby takie roszczenia się pojawiły, strony zawrą stosowne porozumienie uwzględniające rozliczenie kaucji (porozumienie, k. 407 i nast.).

P. J. (1) nie odpowiadał za opóźnienia w wykonaniu przedmiotu robót. Nie było podstaw do naliczenia kary umownej (zeznania świadków).

Inwestorem była spółka (...) sp. z o.o. w W., która wcześniej działała pod firmą (...) sp. o.o., która została przejęta przez (...) sp. z o.o. w W. (odpis z KRS, bezsporne)

Sąd Okręgowy wskazał, że powyższy stan faktyczny ustalił na podstawie dowodów z dokumentów, których wiarygodności i mocy dowodowej nie kwestionowała żadna ze stron, a Sąd nie znalazł także ku temu podstaw z urzędu. Sąd Okręgowy uwzględnił także zeznania świadków słuchanych w sprawie oraz stron, które były zdaniem Sądu spójne, stanowcze i konsekwentne, a nadto pozostawały ze sobą w logicznym związku i wzajemnie się uzupełniały.

Sąd Okręgowy omówił zeznania poszczególnych świadków i wskazał, co następuje.

Słuchany w charakterze świadka T. P. pełnił w firmie (...) funkcję dyrektora ds. negocjacji kontraktowania. Zeznał, że znany jest mu podwykonawca P. J. (1), który wykonywał prace instalacyjne elektryczne na obiekcie (...) i potwierdził dobre wykonanie prac. Nie miał wiadomości odnośnie naliczonej przez H. kary umownej. Zeznał, że inwestor nie wymagał akceptacji podwykonawcy, nie było także procedowania w tym zakresie. H. nie zgłaszał podwykonawców, bo zapisy umowne regulowały tę kwestię i nie było wymogu od strony inwestora akceptacji podwykonawców. Potwierdził, że doszło do podpisania aneksu z uwagi na zwiększenie zakresu prac, to że podpisany został protokół końcowy zakończenia inwestycji, a terminy były przesuwane. Podał, że inwestorem była Q. (...). Nie miał wiedzy odnośnie serwera, na którym miała być dokumentacja uczestników procesu budowlanego. Zeznał, że firma powoda była głównym wykonawcą instalacji elektrycznych i była także jakaś miejscowa firma, która wykonywała drobne prace, ale generalnie główne prace wykonywał powód.

Świadek H. P. zeznał, że był prezesem spółki H.. Potwierdził, iż pozwany Q. (...) była inwestorem w M., a powód wykonywał na budowie prawie wszystkie instalacje elektryczne. Zeznał wprost, że inwestor wiedział o podwykonawcy, bo był to w zasadzie jedyny podwykonawca robót elektrycznych. Podał, że inwestycja była zrealizowana z niewielkim poślizgiem, a w zasadzie realizowana została w terminie. Było drobne opóźnienie z powodu zimy, opóźnionej dostawy materiałów wykończeniowych itp. Zeznał stanowczo, że nie jest mu wiadomo, iż by odpowiedzialność za opóźnienie ponosił powód. Nie pamiętał także ostatecznego stanu rozliczeń z powodem. Zeznał, że inwestycja nie została rozliczona z uwagi na kaucję. Przyznał, że zostało zawarte porozumienie w tym zakresie z inwestorem. Stanowczo wskazał, że inwestor musiał wiedzieć, iż byli podwykonawcy, gdyż w naradach brał udział powód, nadto pozwany inwestor podwykonawcy miał wiedzę o tym co działo się na budowie.

Świadek T. W. był kierownikiem projektu z ramienia (...). Zeznał, że powód wykonywał większość robót elektrycznych. Podał, że ktoś z personelu zgłaszał P. J. (1) jako podwykonawcę. Wyjaśnił, że była składana lista i przesyłana do inwestora. Potwierdził jednoznacznie, iż powód był zgłoszony jak podwykonawca inwestorowi. Nie miał wiedzy odnośnie do kar umownych naliczonych przez H., ani opóźnień z winy powoda. Potwierdził, że przedstawiciele inwestora umawiali się bezpośrednio z podwykonawcami na budowie.

P. J. (2) zeznał wprost, że było zgłoszenie podwykonawcy P. J. (1) inwestorowi na całym etapie budowy. Podał, że na budowie działał z ramienia podwykonawcy jako koordynator prac budowlanych elektrycznych i technicznych. Podał szczegółowo, iż o zgłoszeniu był informowany przez inspektorów, w tym M. S.. Nadto uczestniczył tak z generalnym wykonawcą jak i inwestorem w naradach, wszystkich uzgodnieniach, zmianach i aneksach. Podkreślił, że podwykonawca był znany inwestorowi, a nadto zgłaszano generalnemu wykonawcy co miesięczne raport, oświadczenie o wykazie płatności bądź zaległości, o których inwestor był także informowany. Podał, że opóźnienia na budowie spowodowane były zmianą sposobu użytkowania obiektu, gdyż pierwotnie miał być to obiekt mieszkalny, a potem zmieniono jego funkcję i nastąpiły bardzo duże zmiany projektowe. Termin wykonania robót został przesunięty. Wskazał, że w aneksach nie zostały uwzględnione zmiany przy budowie zasilania obiektu, przy zasilaniu instalacji grzewczych w obiekcie, w garażu przy sterowaniu bramami, przy instalacjach wyrównawczych, przy przebudowie dostępu. Zeznał, iż dla prowadzenia robót istotnym było przekazanie frontu robót przez innych wykonawców, w szczególności zależało to od wykonania prac murarskich. Generalny wykonawca opóźniał się z robotami, nie było frontu robót do prowadzenia prac instalacyjnych. Opóźnienia dotyczyły także garażu, a potem było opóźnienie z wykańczaniem mieszkań. Zeznał, iż inwestor płacił wynagrodzenie w części P. J. (1) bezpośrednio.

Świadek T. Ś. kierownik kontraktu potwierdził dobrą jakość prac wykonywanych przez powoda. Zeznał, iż powód wykonywał prace jako podwykonawca.

Świadek K. G. zeznał, iż był inspektorem nadzoru robót elektrycznych na budowie. Podał, że były wprowadzane zmiany w obiekcie. Potwierdził, iż generalny wykonawca H. zatrudnił podwykonawców. P. J. (1) był podwykonawcą. Nie miał wiedzy odnośnie do opóźnień w pracach powoda. Wskazał, że zakres prac które wykonywał powód był znany inwestorowi, gdyż był ujęty w planie rzeczowo-finansowym budowy. Zeznał, że front robót został oddany z opóźnieniem i zmianie ulegały harmonogramy prac ogólnobudowlanych. Zatrudniony został powód, bo podwykonawca nie radził sobie z wykonaniem. Powód wykonywał większość prac z tego zakresu i poprawił prace innego podwykonawcy. Potwierdził, że na naradach obecni byli tak reprezentanci inwestora, jak i podwykonawcy, których dotyczyło poruszane zagadnienie. Zeznał stanowczo, iż inwestor nie mógł nie wiedzieć o obecności powoda na budowie. Podał, iż powód był wpisany do dziennika budowy jako podwykonawca, a inwestor zapoznawał się z tym dokumentem. Nadto zeznał, że widział pismo, w którym powód informował inwestora, że generalny wykonawca uregulował jego należności. Wskazał, że brak właściwej organizacji powodował opóźnienia.

Świadek M. S. był koordynatorem inspektorów nadzoru. Nie miał wiedzy odnośnie do zgody na zatrudnienie podwykonawców. Wiedział, że P. J. (1) wykonuje prace i podał, że firma dowiedziała się o tym w 2013 r. Nie miał wiedzy odnośnie do opóźnień powoda w wykonaniu prac. Przyznał, że z woli inwestora zakres prac był zmieniany, a terminy były przesuwane. Zeznał, że inwestor nie był informowany przez generalnego wykonawcę o treści umów zawieranych z podwykonawcą oraz o kwotach. Zeznał, iż dokonano zgłoszenia powoda jako podwykonawcy, co zostało przesłane do inwestora w formie mailowej na początku 2013 r. Zeznał, że nie było wad ani usterek. Nie miał pewności, co do przyczyn opóźnień i czy leżały one po stronie powoda.

Świadek J. Ł. był kierownikiem budowy z ramienia (...). Potwierdził wykonanie prac przez powoda na budowie. Zeznał, że A. F. zatrudniony przez inwestora, był na budowie i o wszystkim wiedział. Wiedział o podwykonawcy i jego umowach. Potwierdził jakość i terminowość prac powoda. Nie miał wiedzy o karach umownych, które naliczał H.. Potwierdził działanie serwera na budowie, na którym umieszczano dokumenty, notatki i protokoły. Zeznał, że na naradach był podwykonawca.

Słuchany w charakterze strony P. J. (1) zeznał, iż prowadzi działalność. Pracował jako podwykonawca na budowie. Wskazał, że były opóźnienia z powodu branży ogólnobudowlanej. Zeznał, że na budowie byli obecni przedstawiciele inwestora, co wynikało z protokołów z narad. Przyznał, że otrzymał pismo od H. w sprawie kar umownych. Podał, że wykonawca straszył różnymi karami, ale nie było to traktowane poważnie. Zeznał, że pismo nie było sformalizowane, zaś wcześniej były inne próby obciążania za różne rzeczy.

Po dokonaniu powyższych ustaleń Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Umowa z dnia 16 września 2010 r. była umową o generalne wykonawstwo robót budowlanych, a powód był podwykonawcą robót budowlanych albowiem rezultat świadczenia powoda stał się składnikiem obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach umowy o roboty budowlane (por. wyrok SN z dnia 17 października 2008 r., I CSK 106/08, OSNC-ZD 2009, nr 3, poz. 64).

Spór koncentrował się na kwestii, czy inwestor zgodnie z art. 647¹ § 2 k.c. wyraził zgodę na zawarcie przez generalnego wykonawcę umowy o wykonanie robót budowlanych z podwykonawcą, a co za tym idzie, czy inwestor ponosi solidarną odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia.

W tej kwestii Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 647¹ § 1 i 2 k.c. w umowie o roboty budowlane zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. Do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana bezwzględnie zgoda inwestora. Stosownie do ww. przepisu, jeżeli inwestor w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie tej umowy. Umowy, o których mowa w § 2 i 3 wymagają do tego formy pisemnej, pod rygorem nieważności. Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą

solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę (§ 5). Przytoczone uregulowanie przyjmuje zatem, jako warunek odpowiedzialności inwestora za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia, wyrażenie przez niego zgody na wykonanie prac, przy czym zgoda ta powinna zostać wyrażona tak co do samego podwykonawcy, jak też co do zakresu wykonywanych zleconych mu robót. Sąd Okręgowy, powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2008 r., III CZP 6/08, OSNC 2008, Nr 11, poz. 121, wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2008 r., IV CSK 323/08, LEX nr 484681; z dnia 20 stycznia 2009 r., II CSK 417/08, LEX nr 518078; z dnia 2 lipca 2009 r., V CSK 24/09, LEX nr 527185), wskazał, że zgoda inwestora może zostać wyrażona w sposób czynny, w sposób czynny dorozumiany (np. poprzez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót oraz innych podobnych czynności) lub też w sposób bierny. Z art. 647¹ § 2 zdanie 2 k.c. wynika, że wyrażenie przez inwestora zgody w sposób bierny objawia się brakiem zgłoszenia na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Przyjęcie, że zgoda inwestora nastąpiła przez „przemilczenie” uwarunkowane jest przedstawieniem inwestorowi przez podwykonawcę umowy zawartej z podwykonawcą lub jej projektu wraz ze stosowną częścią dokumentacji, która dotyczy przedmiotu umowy. Treść przedstawionej inwestorowi umowy o podwykonawstwo lub jej projektu powinna obejmować wszystkie postanowienia istotne przy określaniu zakresu odpowiedzialności solidarnej inwestora. Inwestor powinien mieć bowiem wiedzę, jaki ma zakres udzielona przez niego zgoda oraz jakie zobowiązanie z tego będzie wynikać.

Sąd Okręgowy podkreślił, że u podstaw wprowadzenia do kodeksu cywilnego przepisu art. 647¹ k.c. legło założenie, iż wynikająca z niego dodatkowa ochrona podwykonawcy, związana z odpowiedzialnością solidarną inwestora za jego wynagrodzenie nie ma charakteru uniwersalnego. Jest to ochrona przewidziana tylko dla tych podwykonawców, którzy wykonują prace na podstawie umów, na których zawarciu inwestor wyraził, choćby w sposób dorozumiany, zgodę. Podwykonawca, chcący z tej ochrony korzystać, powinien zadbać o uzyskanie zgody inwestora na zawązanie umowy, na podstawie której wykonuje prace. W przypadkach, gdy zgoda inwestora przyjmuje postać oświadczenia wyrażanego konkludentnie, powinnością podwykonawcy jest zadbanie o wystąpienie przesłanek skuteczności takiej zgody, w tym, w szczególności, o uzyskanie przez inwestora pozytywnej wiedzy o istotnych postanowieniach zatwierdzanej umowy. Inwestor może wyrazić wolę na zawarciu umowy przez wykonawcę z podwykonawcą w sposób dorozumiany, na przykład przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót oraz dokonywanie przez niego innych czynności. W takiej sytuacji nie jest konieczne przedstawienie inwestorowi ani umowy z podwykonawcą, czy też jej projektu, ani odpowiedniej części dokumentacji. Inwestor nie musi wtedy znać treści całej umowy (jej projektu), wystarczająca jest znajomość tych elementów, które konkretyzują daną umowę i decydują o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wynagrodzenie podwykonawcy. Elementami tymi są przede wszystkim zakres prac powierzonych zindywidualizowanemu podmiotowo podwykonawcy oraz jego wynagrodzenie, w szczególności sposób jego ustalenia czy też jego dochodzenia.

Stąd też zdaniem Sądu Okręgowego ochrona podwykonawcy przewidziana w art. 647¹ § 5 k.c. mogła znaleźć zastosowania do powoda (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 21 stycznia 2014 r., I ACa 30/2014, LexPolonica nr 8486568).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Sąd I instancji wskazał, że ciężar dowodu na powyższe okoliczności, zgodnie z regułą wyrażoną w art. 6 k.c., spoczywał na powodzie, który wywodził z nich korzystne dla siebie skutki prawne.

W ocenie Sądu Okręgowego, w sprawie zostało wykazane, że P. J. (1) był podwykonawcą robót budowlanych. Sąd Okręgowy podkreślił, że umowa o generalne wykonawstwo wprost przewidywała zatrudnienie podwykonawców. Nie ulegało zdaniem Sądu Okręgowego kwestii, iż H. zatrudnił na budowie podwykonawcę P. J. (1), co ujawnione zostało w tomie I dziennika budowy. Inwestor wiedział o wykonywaniu robót przez podwykonawcę, o czym świadczyły zdaniem

tego Sądu zeznania świadków-uczestników procesu budowlanego, którzy potwierdzili, że miało miejsce zgłoszenie podwykonawcy. Podwykonawca został zgłoszony poprzez platformę komunikacyjną. Nadto jego obecność na budowie była znana inwestorowi i akceptowana przez jego przedstawicieli. Jak wynika z zeznań świadków powód uczestniczył w naradach, informował o zaległościach i otrzymał część wynagrodzenia od inwestora.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy uznał, że wykazano, iż powód został zgłoszony jako podwykonawca w trybie art. 647⁽¹⁾ k.c.

Zdaniem Sądu I instancji powód wykazał także, że przedmiot umowy został wykonany, a część wynagrodzenia została zatrzymana tytułem kaucji, co wynika tak z umowy, jak i z umowy porozumienia, jak i z korespondencji stron.

Sąd Okręgowy wskazał, powołując się na poglądy doktryny i utrwalone orzecznictwo (por. wyrok SN z dnia 12 stycznia 2006r., II CK 336/2005, postanowienie SN z dnia 17 grudnia 2008, V CSK 316/2008), że kaucja zatrzymana na poczet roszczeń z tytułu prawidłowego wykonania prac budowlanych, stanowi część wynagrodzenia, co zresztą wynika z literalnego brzmienia zapisów umowy.

Sąd Okręgowy podniósł, że pozwani domagali się oddalenia powództwa podnosząc, iż sporna kwota nie jest powodowi należna albowiem uległa umorzeniu na skutek potrącenia dokonanego przez H.. Wskazywali na okoliczności warunkujące powstanie roszczenia z tytułu kary umownej za opóźnienie w wykonaniu umowy.

Odnosząc się do tej kwestii Sąd Okręgowy wywiódł, że istotą potrącenia, jako instytucji o dużym znaczeniu gospodarczym, jest ograniczenie obrotu środkami pieniężnymi, co następuje w drodze umorzenia wzajemnych wierzytelności przez zaliczenie, w wyniku czego osoby mające wobec siebie nawzajem wierzytelności z tych samych lub różnych stosunków zobowiązaniowych nie otrzymują efektywnie należnych im świadczeń, lecz na skutek potrącenia każda z nich zostaje zwolniona ze swego zobowiązania albo całkowicie, albo też do wysokości należności niższej (por. wyrok SN z 14.06.1974 r., III CRN 395/73 LEX nr 7520).

Sąd I instancji podkreślił, że na stronie pozwanej zgodnie z art. 6 k.c. ciążył obowiązek wykazania, że dochodzona wierzytelność wygasła na skutek potrącenia, bo to ona starała się wyprowadzić z tego skutki dla siebie korzystne. Sąd Okręgowy zaznaczył, że zarzut potrącenia jest formą dochodzenia roszczenia zrównaną w skutkach z powództwem. Podlega zatem wymaganiom stawianym wobec pozwu co do określenia żądania, przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie oraz wskazania dowodów. W szczególności zgłaszający zarzut potrącenia w procesie ma obowiązek określić swoją wierzytelność, wykazać jej istnienie i w kategorięczny sposób wyrazić wolę potrącenia w celu wzajemnego umorzenia skonkretyzowanych wierzytelności (art. 499 w związku z art. 498 § 1 i 2 k.c.- por. wyrok SN z 18.04.2000 r. III CKN 720/98 LEX nr 51368).

Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 498 § 1 k.c., gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Stosownie zaś do art. 499 k.c. potrącenia dokonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Oświadczenie ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe. Sąd Okręgowy wyjaśnił, że do potrącenia, o którym mowa w art. 498 k.c., nie dochodzi z mocy tylko samego prawa, konieczne jest ponadto złożenie przez zainteresowaną osobę stosownego oświadczenia (art. 499). Mówi się jednak o nim - w celu odróżnienia go od potrącenia umownego - jako o potrąceniu ustawowym lub jednostronnym. Ze względu właśnie na znamię jednostronności można z niego skorzystać jedynie w razie powstania ściśle określonych przesłanek.

Sąd Okręgowy uznał, że w przedmiotowej sprawie nie zostały wykazane przesłanki warunkujące powstanie wierzytelności z tytułu kary umownej za opóźnienie, gdyż słuchani w sprawie świadkowie, w tym pracownicy i prezes H. zgodnie wskazali, iż opóźnienia miały wiele przyczyn i powód nie ponosi odpowiedzialności za przekroczenie

terminu. Sąd Okręgowy podkreślił, że świadkowie wskazywali na brak frontu robót oraz opóźnienia innych podwykonawców, jak i zmiany w przedmiocie umowy o roboty budowlane.

Mając na względzie powyższe Sąd Okręgowy uznał, że wierzitelność powoda nie uległa umorzeniu na skutek oświadczenia o potrąceniu. Uznając zatem roszczenie powoda za zasadne w stosunku do (...) sp. z o. o. w W. jako inwestora na podstawie ww. przepisów Sąd Okręgowy orzekł jak w punkcie I zaskarżonego wyroku.

O odsetkach za opóźnienie Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 481 k.c. (omyłkowo zapewne oznaczonym jako k.p.c.), uwzględniając, to że powód nie wykazał, aby wezwał pozwanego do zapłaty przed dniem doręczenia pozwu. Sąd I instancji przyjął, że skoro w dniu 7 lutego 2014 r. (k. 305) pozwany otrzymał pozew spełniający warunki wezwania do zapłaty, to winien spełnić świadczenie w terminie 7 dni, przyjmując, iż jest to okres wystarczający na realizację zobowiązania. Oddaleniu zatem podlegała część roszczenia odsetkowego.

O obowiązku poniesienia przez pozwanego Q. kosztów procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., uwzględniając to, że pozwany ten przegrał spór w całości.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że oddalaniu podlegało powództwo w stosunku do co pozwanego (...), bowiem nie ulegało wątpliwości, że podmiot ten nie był inwestorem i nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania wynikłe z umowy z dnia 16 września 2010 r.

O kosztach procesu w stosunku do tego pozwanego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. obciążając nimi w całości powoda.

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany ad. 2 - (...) sp. z o. o., zaskarżając go części tj. w zakresie zasądzającym od niego na rzecz powoda kwotę 133.285 zł (pkt I) i koszty procesu (pkt IV) wyroku.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c. w zw. z art. 72 § 1 pkt 1 k.p.c. w zw. z art. 72 § 2 k.p.c. w zw. z art. 72 § 3 k.p.c. w zw. z art. 647¹ § 5 k.c., poprzez wydanie wyroku zasądzającego jedynie w stosunku do pozwanego ad. 2 podczas, gdy odpowiedzialność pozwanego ad. 1 i pozwanego ad. 2 jest odpowiedzialnością solidarną o charakterze gwarancyjnym (odpowiedzialność inwestora za dług generalnego wykonawcy), a odpowiedzialność pozwanego ad. 1 wobec powoda nie została w niniejszym postępowaniu przesądzona ze względu na zawieszenie postępowania wobec tego pozwanego, a zatem niniejsze postępowanie powinno być zostać zawieszona także wobec pozwanego ad. 2;

2. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 174 § 3 k.p.c. w zw. z art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c., poprzez oddalenie wniosku pozwanego ad. 2 o wezwanie syndyka masy upadłości pozwanego ad. 1 do wzięcia udziału w sprawie, podczas gdy zgodnie z treścią art. 174 § 3 k.p.c. w przypadku gdy postępowanie zostało zawieszona ze względu na to, że dotyczy masy upadłości, Sąd I Instancji powinien obligatoryjnie wezwać syndyka masy upadłości do wzięcia udziału w sprawie, a brak takiego wezwania doprowadził w konsekwencji do braku ustalenia przez Sąd I Instancji, czy roszczenie dochodzone przedmiotowym pozwem znalazło się na liście wierzitelności;

3. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 498 § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i zrównanie instytucji potrącenia w rozumieniu materialnoprawnym oraz zarzutu potrącenia w rozumieniu procesowym, a w konsekwencji uznanie, że w niniejszej sprawie nie zostały spełnione wymogi skutecznego podniesienia zarzutu potrącenia podczas, gdy potrącenie już nastąpiło i wywołało skutki materialnoprawne od chwili jego złożenia pismem (...) Sp. z o.o. z dnia 27 marca 2013r., co zostało wykazane dowodem w postaci pisma zawierającego oświadczenie o dokonaniu potrącenia, którego wiarygodność nie została przez Sąd I instancji zakwestionowana;

4. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 247 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c., poprzez błędne ustalenie za pomocą dowodu z zeznań świadków, że opóźnienia w realizacji inwestycji

budowlanej miały wiele przyczyn i powód odpowiedzialności za przekroczenie terminu nie ponosi, a w związku z tym nie mogło dojść do naliczenia kary umownej przez pozwanego ad. 1 i skutecznego potrącenia wierzytelności pozwanego ad. 1 z wierzytelnością powoda, podczas, gdy z dowodu z dokumentów w postaci protokołu przekazania uzupełnionej dokumentacji powykonawczej pozwanemu ad. 1, protokołu odbioru robót elektrycznych z dnia 22 października 2012r., a także pisma pozwanego ad. 1 z dnia 27 marca 2013r. w sposób jasny wynika, że opóźnienie to miało miejsce z przyczyn leżących po stronie powoda, a zatem oświadczenie o potrąceniu wierzytelności złożone przez pozwanego ad. 1 było zasadne, natomiast zeznania świadków, na które powołał się Sąd I Instancji złożone zostały na okoliczności ponad osnowę powyższych dokumentów, tj. sprzecznie z art. 247 k.p.c., co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia stanu faktycznego, a co więcej w uzasadnieniu wyroku Sąd w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego daje wiarę zeznaniom świadków stojącym w sprzeczności z treścią dokumentów znajdujących się w aktach sprawy;

5. naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 647¹ § 2 k.c., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące uznaniem, że pozwany ad. 2, jako inwestor, wyraził zgodę na zawarcie umowy z powodem, jako podwykonawcą, podczas gdy pozwanemu ad. 2 nie została przedstawiona umowa podwykonawcza, a pozwany ad. 2 nie miał wiedzy na temat postanowień umowy, które wyznaczałyby zakres jego potencjalnej odpowiedzialności, a więc w sprawie nie wystąpiła w niniejszej sprawie niezbędna przesłanka do zastosowania tego przepisu;

6. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 233 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c., poprzez wyprowadzenie z dowodów wniosków z nich niewynikających i przyjęcie, iż zeznania świadków dowodzą temu, że pozwany ad. 1 zgłosił pozwanemu ad. 2 podwykonawcę przekazując w wymaganym zakresie dane umowy podwykonawczej, podczas gdy z zeznań świadków (i to nie wszystkich) oraz z dokumentów w aktach wynika jedynie, że osoby nadzorujące budowę i na niej obecne w końcowej fazie prac pozyskały wiedzę o podwykonawcy, co nie może jednak być równoznaczne z akceptacją wyrażoną przez pozwanego ad.2, a ponadto żadne inne dowody nie świadczą o wyrażeniu takiej akceptacji;

7. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 233 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c., poprzez wyprowadzenie ze zgromadzonych w sprawie dowodów wniosków wzajemnie się wykluczających i przyjęcie, iż z jednej strony pozwany ad. 2 jako inwestor w procesie budowlanym, wyraził zgodę na zlecenie prac podwykonawczych powodowi, a z drugiej strony uzasadnienie zasądzenia odsetek za opóźnienie od dnia 15 lutego 2014r. faktem, że powód nie wezwał pozwanego ad. 2 do zapłaty, podczas gdy wnioski te są wzajemnie sprzeczne, ponieważ skoro powód nie wezwał pozwanego ad. 2 do zapłaty spornej kwoty, to pozwany ad. 2 nie mógł powziąć informacji o kwocie wynagrodzenia, która jest jednym z niezbędnych elementów skutecznej akceptacji prac podwykonawczych przez inwestora; Powyższe błędy w ocenie skarżącego w konsekwencji doprowadziły do błędnego ustalenia stanu faktycznego;

8. naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 65 § 2 k.c., poprzez nieuzasadnione uznanie, że zgodnym zamiarem stron umowy podwykonawczej zawartej przez powoda z pozwanym ad. 1 (jako generalnym wykonawcą), nie było traktowanie dochodzonej pozwem kwoty jako kaucji mającej zabezpieczać należyte wykonanie tej umowy przez powoda, podczas gdy zgodnym zamiarem stron było właśnie takie traktowanie kwoty dochodzonej niniejszym pozwem.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący:

1) na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części tj. w zakresie zasadzającym od pozwanego ad. 2 na rzecz powoda kwoty 133.285 zł (pkt. I i pkt. IV) i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie powództwa w całości;

2) ewentualnie, w razie nieuwzględnienia wniosku z pkt. 1 powyżej, na podstawie art. 386 § 4 k.p.c., skarżący wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania;

3) ponadto wniósł o zasądzenie od powoda na rzecz jego rzecz kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Powód w odpowiedzi na apelację wniósł o:

1. oddalenie apelacji pozwanego ad. 2 w całości;
2. zasądzenie od pozwanego ad. 2 na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w II instancji (postępowania apelacyjnego) według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja podlega oddaleniu.

Sąd II instancji aprobuje ustalenia i rozważania poczynione przez Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku oraz przyjmuje je za własne, co oznacza, że nie zachodzi konieczność ich szczegółowego powtarzania (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). Dodatkowo Sąd Apelacyjny ustalił, że (...) sp. z o. o. w W. jest następcą prawnym (...) sp. z o. o. w W., którego to podmiotu poprzednia firma brzmiała (...) sp. z o. o. w W., a co wynika z odpisów pełnych z KRS nr (...) i Nr (...) dostępnych na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów apelacji dotyczących naruszenia przez Sąd Okręgowy zasad postępowania.

Podkreślenia wymaga także w tym miejscu, że sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przestawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą 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). Dlatego też od profesjonalnego pełnomocnika należy wymagać szczególnej uwagi, wnikliwości, ostrożności i dokładności przy identyfikowaniu naruszeń prawa procesowego i formułowaniu związanych z tym zarzutów i ich uzasadnienia.

Skarżący zarzucił jeśli chodzi o przepisy postępowania naruszenie przez Sąd I instancji następujących przepisów:

- a) art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c. w zw. z art. 72 § 1 pkt 1, 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 647¹ § 5 k.c.,
- b) art. 174 § 3 k.p.c. w zw. z art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c.,
- c) art. 247 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c.
- d) oraz art. 233 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c.

Żaden z powyższych zarzutów nie mógł odnieść skutku.

Wbrew argumentacji skarżącego Sąd Okręgowy nie miał obowiązku zawieszać postępowania w sprawie także w stosunku do skarżącego jako pozwanego ad. 2 na podstawie art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c. w zw. z art. 72 § 1 pkt 1 k.p.c. w zw. z art. 72 § 2 k.p.c. w zw. z art. 72 § 3 k.p.c. w zw. z art. 647¹ § 5 k.c., a tym samym nie naruszył art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie i wydanie wyroku zasądającego jedynie w stosunku do pozwanego ad. 2., w sytuacji gdy odpowiedzialność pozwanego ad. 1 i pozwanego ad. 2 jest odpowiedzialnością solidarną o charakterze gwarancyjnym

(odpowiedzialność inwestora za dług generalnego wykonawcy), a odpowiedzialność pozwanego ad. 1 wobec powoda nie została w niniejszym postępowaniu przesądzona ze względu na zawieszenie postępowania wobec tego pozwanego.

Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 14 maja 2014 r. zawiesił postępowanie w stosunku do pozwanego H., wskazując w sentencji postanowienia jako podstawę prawną rozstrzygnięcia art. 177 § 1 pkt 4 k.p.c. (k.546), przy czym z uzasadnienia tego orzeczenia wynika, że faktyczną podstawą prawną wydania tego postanowienia był art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c., a nie powołany w sentencji art. 177 § 1 pkt 4 k.p.c. czyli fakt ogłoszenia upadłości strony w sytuacji, gdy spór dotyczy przedmiotu wchodzącego w skład masy upadłości. Pełnomocnik powoda pismem z dnia 29 maja 2014 r. (k. 560) wnioskował o sprostowanie powyższego jako oczywistej omyłki, na którym to wniosku widnieje zarządzenie s. ref. „do rozpoznania na rozprawie”. Do sprostowania tego orzeczenia ostatecznie nie doszło, jednakże w świetle uzasadnienia tego orzeczenia, w tym braku powołania się w nim na przesłanki do zawieszenia postępowania wynikające z art. 177 § 1 pkt 4 k.p.c. należy uznać, że faktyczną podstawą prawną tego orzeczenia miał być art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c., w sytuacji, gdy art. 177 § 1 pkt 4 k.p.c. stanowi, że sąd może zawiesić postępowanie z urzędu jeżeli ujawni się czyn, którego ustalenie w drodze karnej lub dyscyplinarnej mogłoby wywrzeć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy cywilnej, z czym w przedmiotowej sprawie Sąd Okręgowy nie miał do czynienia. W sprawie oczywistym jest, że nie było podstawy prawnej do zawieszenia postępowania także do pozwanego ad. 2 w oparciu o treść art. art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c., ani na podstawie art. 177 § 1 pkt 4 k.p.c.

Co jednak najistotniejsze, wobec zawartego w apelacji zarzutu naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c., na wstępie trzeba zaznaczyć, że przepis ten po pierwsze nie obliguje Sądu do zawieszenia postępowania. Reguluje on fakultatywne z urzędu zawieszenie postępowania i stanowi, że sąd może zawiesić postępowanie z urzędu jeżeli rozstrzygnięcie sprawy zależy od wyniku innego toczącego się postępowania cywilnego. Skoro przepis art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c. ma charakter fakultatywny, to sąd nie ma obowiązku go zastosować, a jedynie może to uczynić, przy czym do sądu należy ocena celowości tego zawieszenia (por. Jakubecki Andrzej (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do art. 1-729, wyd. VII, LEX 2017). Zawieszenie postępowania w oparciu o podstawę wskazaną w tym przepisie nie zależy zatem od wniosku stron, ale od pozytywnej oceny celowości zawieszenia dokonanej przez sąd orzekający. Wykładnia przepisów o zawieszeniu postępowania nie może prowadzić do stworzenia pozaustawowej przesłanki takiego zawieszenia (post. SN z 6.6.1983 r., I CZ 76/83, OSNC 1983, Nr 12, poz. 208). Brak jest zatem podstaw do zawieszenia postępowania jeżeli sąd orzekający jest w stanie samodzielnie dokonać ustaleń faktycznych stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, bez konieczności wywodzenia ich z innego postępowania cywilnego, tak jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem strony powodowej zawartym w odpowiedzi na apelację, że istota solidarności (w każdym reżimie odpowiedzialności) polega na tym, że każdy z dłużników (czy to generalny wykonawca - pozwany ad. 1, czy inwestor - pozwany ad. 2) zobowiązany jest wobec wierzyciela do spełnienia całego świadczenia, tak jakby był jedynym dłużnikiem, a wierzyciel (powód) może - według swego wyboru - żądać spełnienia całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna. Ta właściwość solidarności musi mieć proste przełożenie na kształt przedsięwziętych czynności procesowych. W konsekwencji, zawieszenie postępowania wobec jednego z dłużników, nie może rodzić obowiązku zawieszenia wobec drugiego.

Z tych samych powodów, dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, nie było konieczne ustalenie, czy dochodzone roszczenie znalazło się na liście wierzytelności. Żaden przepis prawa nie uzależnia bowiem możliwości dochodzenia przez wierzyciela roszczenia od jednego z solidarnych dłużników, od wykazania się przez tego wierzyciela dysponowaniem tytułem egzekucyjnym w stosunku do drugiego z dłużników solidarnych czy od wykazania się dowodem wszczęcia postępowania egzekucyjnego wobec tego dłużnika i bezskuteczności tej egzekucji.

Nie miało zatem w sprawie także miejsce naruszenie przez Sąd Okręgowy przepisu postępowania mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. naruszenie art. 174 § 3 k.p.c. w zw. z art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c., poprzez oddalenie wniosku pozwanego ad. 2 o wezwanie syndyka masy upadłości pozwanego ad. 1 do wzięcia udziału w sprawie, podczas gdy zgodnie z treścią art. art. 174 § 3 k.p.c. w przypadku gdy postępowanie zostało zawieszona ze względu na to, że dotyczy masy upadłości i Sąd I Instancji powinien obligatoryjnie wezwać syndyka masy upadłości do wzięcia udziału w

sprawie, a brak takiego wezwania doprowadził w konsekwencji do braku ustalenia przez Sąd I Instancji, czy roszczenie dochodzone przedmiotowym pozwem znalazło się na liście wierzytelności. Brak ustalenia, czy roszczenie dochodzone pozwem zostało ujęte na liście wierzytelności nie było bowiem wynikiem braku wezwania syndyka do udziału w sprawie, lecz wynikiem braku inicjatywy dowodowej pozwanego ad. 2 w tym zakresie. Nic nie stało na przeszkodzie w powołaniu na tę okoliczność stosownych dowodów np. dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy upadłościowej.

Trzeba w tym miejscu także zgodzić się ze stanowiskiem powoda zawartym w odpowiedzi na apelację, że powoływany przez pozwanego ad. 2 wyrok SN z dnia 11 lipca 2014 r., sygn. akt III CSK 245/13 nie jest adekwatny i nie odpowiada stanowi faktycznemu niniejszej sprawy i tylko pozornie można odnieść wrażenie, że tezy tamże zawarte są użyteczne dla formułowania ww. zarzutu. W tamtym postępowaniu Sąd Apelacyjny przesądził o istnieniu odpowiedzialności strony pozwanej ad. 2 zasadniczo w taki sam sposób, jak w przypadku, w którym o odpowiedzialności inwestora miałby orzekać w oddzielnym postępowaniu, traktując ją „przesłankowo” i jednocześnie orzekł, że odpowiedzialność strony pozwanej ad. 2 jej solidarna z odpowiedzialnością strony pozwanej ad. 1, co do której postępowanie w sprawie zawieszono, czego nie powinien był uczynić, bez wcześniejszego lub równoczesnego wydania wyroku w stosunku do pozwanego ad. 1. Taka redakcja wyroku wymagałaby bowiem przesądzenia odpowiedzialności także strony pozwanej ad. 1, czego Sąd Apelacyjny nie uczynił, skoro postępowanie w stosunku do niej zawiesił. Tymczasem zaskarżony w przedmiotowej sprawie wyrok Sądu Okręgowego nie zawiera „takiej redakcji wyroku”, w ujęciu przedstawionym w powoływanej przez pozwanego ad. 2 sprawie. Z uzasadnienia tego orzeczenia wynika zaś jednoznacznie, że konstrukcja odpowiedzialności inwestora umożliwia podwykonawcy wytoczenie powództwa o zapłatę za wykonane roboty budowlane w różnych konfiguracjach podmiotowych po stronie pozwanej, w tym wyłącznie przeciwko inwestorowi.

W sytuacji solidarnej odpowiedzialności inwestora i generalnego wykonawcy i dalszych wykonawców za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawców, przez wyrażenie zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo inwestor przyjmuje na siebie odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Jego odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy staje się odpowiedzialnością solidarną (art. 366 k.c.) z odpowiedzialnością generalnego wykonawcy, który zawarł z podwykonawcą stosowną umowę, i który - jako strona tej umowy - może weryfikować działania podwykonawcy, dochodzić roszczeń z tej umowy, czy od niej odstąpić. Przepis art. 647¹ § 5 k.c. jest podstawą odpowiedzialności inwestora za dług wynikający z zobowiązania zaciągniętego przez inną osobę. Odpowiedzialność inwestora za spełnienie świadczeń przewidzianych umową między generalnym wykonawcą i podwykonawcą, której podstawą jest art. 647¹ § 5 k.c., ma charakter gwarancyjny. Konsekwencje dla inwestora podobnie jak dla generalnego wykonawcy, wynikające z brzmienia art. 647¹ § 5 k.c. są tak poważne, że inwestor może być zobowiązany nawet do dwukrotnej zapłaty wynagrodzenia za te same roboty budowlane, raz wobec generalnego wykonawcy na podstawie zawartej z nim umowy, a drugi raz wobec podwykonawcy na podstawie 647¹ § 5 k.c.

Nie był zasadny zarzut naruszenia przepisu prawa materialnego, tj. art. 498 § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i zrównanie instytucji potrącenia w rozumieniu materialnoprawnym oraz zarzutu potrącenia w rozumieniu procesowym, a w konsekwencji uznanie, że w niniejszej sprawie nie zostały spełnione wymogi skutecznego podniesienia zarzutu potrącenia podczas, gdy potrącenie już nastąpiło i wywołało skutki materialnoprawne od chwili jego złożenia pismem (...) Sp. z o.o. z dnia 27 marca 2013r., co zostało wykazane dowodem w postaci pisma zawierającego oświadczenie o dokonaniu potrącenia, którego wiarygodność nie została przez Sąd I instancji zakwestionowana.

Wbrew treści powyższego zarzutu Sąd Okręgowy nie dokonał błędnej wykładni ww. przepisu i nie zrównał instytucji potrącenia w rozumieniu materialnoprawnym oraz zarzutu potrącenia w rozumieniu procesowym. Brak jest podstaw do formułowania tego rodzaju zarzutu i w zasadzie nie wiadomo, na jakiej podstawie pozwany ad. 2 wywodzi taki wniosek. Sąd Okręgowy po prostu uznał, że w toku procesu pozwani, na których spoczywał ciężar dowodu zgodnie z art. 6 k.c., nie wykazali, że bezsporne opóźnienie w wykonaniu robót nastąpiło z przyczyn leżących po stronie powoda.

Sąd Okręgowy ustalił, czego apelacja nie zakwestionowała skutecznie, że materiał dowodowy dawał podstawę do uznania, że opóźnienie miało wiele przyczyn (brak frontu robót, częściowa zmiana przeznaczenia obiektu, konieczność wykonania robót dodatkowych, opóźnienia innych wykonawców) i powód za nie odpowiedzialności nie ponosi, a tym samym zdaniem Sądu Okręgowego pozwani nie wykazali, że pozwanemu H. służyła wobec powoda wymagalna wierzytelność z tytułu kar umownych za opóźnienie w wykonaniu robót a tym samym nie wykazali, by na skutek złożonego przez H. przed wytoczeniem niniejszego procesu tj. pismem z dnia 27 marca 2013 r. (k. 206) oświadczenia materialnoprawnego doszło do skutecznego potrącenia wierzytelności H. z tytułu kar umownych za opóźnienie w wykonaniu umowy z wierzytelnością powoda wynikającą z zatrzymanej kaucji, a tym samym pozwani nie wykazali by doszło do wzajemnego umorzenia ww. wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej. Prawdopodobności powyższych ustaleń i oceny prawnej skarżący zdaniem Sądu II instancji nie zdołał w apelacji podważyć.

Całkowicie bezpodstawny był zarzut naruszenia art. 247 k.p.c. Z przepisu tego wynika, że dowód ze świadków lub z przesłuchania stron przeciwko osnowie lub ponad osnowę dokumentu obejmującego czynność prawną może być dopuszczony między uczestnikami tej czynności tylko w wypadkach, gdy nie doprowadzi to do obejścia przepisów o formie zastrzeżonej pod rygorem nieważności i gdy ze względu na szczególne okoliczności sprawy sąd uzna to za konieczne. Wbrew argumentacji skarżącego żaden z dopuszczonych i przeprowadzonych przez Sąd I instancji dowodów z zeznań świadków nie został skierowany przeciw osnowie jakiegokolwiek dokumentu przyjętego przez Sąd w poczet dowodów. Przede wszystkim należy zaznaczyć, że przepis ten dotyczy dopuszczenia dowodów ponad osnowę dokumentu obejmującego czynność prawną (np. umowę), a nie dokumentów powołanych przez skarżącego na poparcie tego zarzutu tj. dokumentów takich jak protokoły odbioru robot czy pism, zawierających oświadczenia wiedzy, a nie oświadczenia woli, mające charakter czynności prawnych. Ponadto dowód ponad osnowę dokumentu służy wykazaniu niekompletności dokumentu (co do złożonego, aczkolwiek nieujętego w dokumencie innego oświadczenia, por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 29 stycznia 2002 r., V CKN 679/00, LEX nr 54342; zob. również m.in. orzeczenie SN z dnia 9 czerwca 1962 r., IV CR 758/61, OSNC 1963, nr 6, poz. 136.), z czym nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Nie mógł odnieść skutku także zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. z następujących powodów.

Art. 233 § 1 k.p.c. stanowi, że sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Skuteczne podniesienie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wymaga w pierwszej kolejności wskazania, które konkretne dowody zostały błędnie ocenione przez sąd oraz wskazania przez skarżącego konkretnych uchybień w zakresie oceny tych dowodów, jakich dopuścił się sąd pierwszej instancji, a które polegały na naruszeniu zasad logiki, doświadczenia życiowego czy zdrowego rozsądku. Nie jest natomiast wystarczające przedstawienie przez skarżącego własnej wersji wydarzeń, choćby była równie prawdopodobna jak ta przyjęta przez sąd, a tym bardziej nie może odnieść żadnego skutku proste zanegowanie ustalonych w sprawie faktów i wyciągniętych z nich wniosków.

W przedmiotowej sprawie skarżący w zwięzłym zarzucie apelacji dotyczącym naruszenia art. 233 k.p.c., a w konsekwencji błędnego ustalenia co do tego, że pozwany ad. 1 zgłosił pozwanemu ad. 2 powoda jako podwykonawcę przekazując w wymaganym zakresie dane umowy podwykonawczej, oprócz tego, że nie wskazał, naruszenie którego z paragrafów tego przepisu podnosi, a każdy z nich dotyczy zupełnie odmiennych kwestii, to w ogóle nie podał, które konkretnie dowody i dlaczego każdy z nich w jego ocenie został oceniony przez Sąd Okręgowy z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów. Ogólne wskazanie, że Sąd I instancji wyciągnął błędne wnioski z zeznań świadków i dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, nie może być podstawą do uwzględnienia tego rodzaju zarzutu. Poza tym treść tego zarzutu i jego uzasadnienie jednoznacznie wskazuje, że skarżący zarzuca Sądowi Okręgowemu nie tyle błędne danie wiary zeznaniom świadków, co dokonanie na podstawie ich zeznań nieprawidłowego ustalenia, że pozwany ad. 1 zgłosił pozwanemu ad. 2 powoda jako podwykonawcę przekazując pozwanemu ad. 2 w wymaganym zakresie dane umowy podwykonawczej, a tym samym pozwany ad. 2 miał wiedzę na temat treści tej umowy, w zakresie, w którym wyznaczała ona zakres jego odpowiedzialności (wysokość wynagrodzenia powoda i zakres jego robót). Tak postawiony zarzut nie mógł odnieść skutku, gdyż Sąd Okręgowy w ogóle nie poczynił takich ustaleń. Ustalił jedynie,

że pozwany ad. 2 wyraził zgodę na zawarcie umowy z powodem w rozumieniu art. 647¹ § 2 k.c., że doszło do akceptacji powoda jako podwykonawcy przez pozwanego ad. 2 jako inwestora w sposób dorozumiany poprzez ujawnienie powoda w dzienniku budowy, jego uczestnictwo w naradach, informowanie o zaległościach i fakcie otrzymania części wynagrodzenia bezpośrednio od pozwanego ad. 2 jako inwestora. Sąd Okręgowy ustalił jedynie to, że pozwany ad. 2 jako inwestor wiedział o wykonywaniu robót przez powoda jako podwykonawcy, że powód został zgłoszony jako podwykonawca, a jego obecność była znana inwestorowi i akceptowana przez jego przedstawicieli. Z tego względu zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. w tym zakresie nie mógł odnieść skutku. Podobnie jest z zarzutem naruszenia art. 233 k.p.c. zawartym w punkcie 7 apelacji co do rzekomych sprzecznych ustaleń Sądu I instancji co do tego, że pozwany ad. 2 powziął informację o wysokości wynagrodzenia powoda w oparciu o umowę zawartą z H. i jednocześnie ustalenie, że powód nie wezwał pozwanego ad. 2 do zapłaty, choćby z tego względu, że Sąd Okręgowy nie poczynił ustaleń, że pozwany ad. 2 powziął informację o wysokości wynagrodzenia powoda w oparciu o umowę zawartą z H..

Nietrafne są także zarzuty przekroczenia zasady swobodnej oceny dowodów pojawiające się w uzasadnieniu apelacji dotyczące oceny materiału dowodowego i dokonanych na ich podstawie ustaleń dotyczących braku odpowiedzialności powoda za opóźnienia w wykonaniu robót, a tym samym braku podstaw faktycznych do obciążenia powoda karami umownymi przez H..

Podkreślić należy, że ugruntowane jest w orzecznictwie stanowisko, iż 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 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 niesłuszne im je przyznając (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001 roku, IV CKN 970/00, Legalis), a tego rodzaju argumentów w apelacji pozwanego ad. 2 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, bowiem według jednolitego stanowiska judykatury, możliwość zakwestionowania oceny dowodów w postępowaniu apelacyjnym jest ograniczona i sprowadza się do sytuacji, w których skarżący wykaże, że ocena ta była rażąco wadliwa lub oczywiście błędna (por. wyroki: Sądu Najwyższego z dnia 26.01.2006 r., II CK 372/05, OSP 2008, nr 9, poz. 96; z dnia 07.10.2005 r., IV CK 122/05, z dnia 27.07.2005 r., II CK 793/04, z dnia 06.07.2005 r., III CK 3/05, Sądów Apelacyjnych - w Poznaniu z dnia 10.09.2009 r., I ACa 550/09, z dnia 25.01.2006 r., I ACa 772/05, w Lublinie z dnia 25.04.2013 r., I ACa 67/13, z dnia 31.05.2011 r., I ACa 195/11, w Krakowie z dnia 05.09.2012 r., I ACa 737/12, oraz w Gdańsku z dnia 09.02.2012 r., V ACa 114/12). Natomiast same, nawet poważne, wątpliwości co do trafności oceny dokonanej przez sąd pierwszej instancji, jeżeli tylko nie wykroczyła ona poza granice zakreślone w art. 233 § 1 k.p.c. nie powinny stwarzać podstawy do zajęcia przez sąd drugiej instancji odmiennego stanowiska. Wątpliwości w tej mierze, a także rozbieżności w orzecznictwie wyjaśnił Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 23.03.1999 r., III CZP 59/98 (OSNC 1999 r. z. 7-8, poz. 124), a następnie powtórzył w wyroku z dnia 12.04.2012 r., I UK 347/11.

Reasumując, należy stwierdzić, że art. 233 § 1 k.p.c. daje wyraz obowiązywaniu zasady swobodnej oceny dowodów i może stanowić punkt zaczepienia w apelacji jedynie wtedy, gdy posługując się wyłącznie argumentami jurydycznymi

skarżący wykaże, że doszło do rażącego naruszenia ustanowionych w tym przepisie zasad oceny wiarygodności i mocy dowodów, a nie wówczas gdy będzie dążył jedynie do przeforsowania ustalonego przez siebie stanu faktycznego, a w konsekwencji i oceny prawnej. Stąd ocena dowodów przedstawiona przez Sąd Okręgowy mieści się w granicach wskazanych w art. 233 k.p.c. i zasługuje na pełną akceptację, a przedstawiona przez skarżącego argumentacja stanowi wyłącznie polemikę z trafnymi wnioskami Sądu Okręgowego.

Przy niepodważonej zatem skutecznie ocenie materiału dowodowego dokonanej przez Sąd Okręgowy, a w konsekwencji niepodważonych skutecznie ustaleniach faktycznych, na których Sąd ten oparł swoje rozstrzygnięcie, nie mógł odnieść skutku zarzut naruszenia art. 647¹ § 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące uznaniem, że pozwany ad. 2 wyraził zgodę na zawarcie umowy z powodem jako podwykonawcą, w sytuacji, gdy pozwanemu ad. 2 nie została przedstawiona umowa podwykonawcza, a pozwany ad. 2 nie miał wiedzy na temat postanowień umowy, które wyznaczałyby zakres jego potencjalnej odpowiedzialności, a więc w sprawie nie wystąpiła niezbędna przesłanka do zastosowania tego przepisu, co umożliwiło przypisanie pozwanemu ad. 2 solidtarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane.

W świetle art. 647¹ § 2, 3, 4 i 5 k.c. w wersji tego przepisu obowiązującego w dacie zawarcia spornych umów do powstania solidtarnej odpowiedzialności inwestora i generalnego wykonawcy wobec podwykonawcy konieczne było zawarcie przez wykonawcę z podwykonawcą umowy w formie pisemnej, której przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych oraz wyrażenie zgody przez inwestora na zawarcie tej umowy. W niniejszej sprawie spełnienie pierwszej z wymienionych przesłanek solidtarnej odpowiedzialności inwestora wobec powoda pozostaje obecnie poza sporem. Przedmiotem rozbieżnej oceny jest natomiast kwestia wyrażenia zgody przez pozwanego ad. 2 jako inwestora na zawarcie przez generalnego wykonawcę umowy z powodem o podwykonawcze wykonanie robót budowlanych. Przesłanka zgody inwestora i generalnego wykonawcy przewidziana w art. 647¹ § 2 i § 3 k.c. była przedmiotem w wielu orzeczeniach Sądu Najwyższego. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r., sygn. akt III CSK 152/10, Sąd Najwyższy wskazał, że przepis art. 647¹ § 2 k.c. nie uzależnia odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy od przedłożenia mu projektu umowy zawartej przez wykonawcę z podwykonawcą wraz z niezbędną dokumentacją, jeżeli wyraża w sposób czynny zgodę na udział podwykonawcy w realizacji inwestycji. Powołać także można się na uchwałę składu siedmiu sędziów z dnia 29 kwietnia 2008 r., III CZP 6/08, w której Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że zgoda ta jest specyficzną konstrukcją prawną, zbudowaną na potrzeby umowy o roboty budowlane, i nie ma do niej zastosowania art. 63 § 2 k.c., wobec czego może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 k.c.) oraz na późniejsze orzeczenia Sądu Najwyższego, będące kontynuacją tego kierunku wykładni, w których Sąd Najwyższy wyjaśniał, że zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą może być wyrażona w dwojaki sposób: bierny, objawiający się brakiem zgłoszenia przez inwestora na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń 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, albo czynny, polegający na wyraźnym lub dorozumianym oświadczeniu woli (art. 60 k.c.), przy czym zgoda czynna może przybrać różną formę tj. inwestor może wyrazić ją w sposób wyraźny pisemnie lub ustnie albo przez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę. Może nastąpić to poprzez czynności faktyczne, w sposób dorozumiany, np. przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót oraz dokonywanie innych podobnych czynności. Zgoda, o której mowa, jest jednak oświadczeniem woli o charakterze zindywidualizowanym, dotyczyć ma bowiem zawarcia przez wykonawcę z podwykonawcą konkretnej umowy, o określonej treści. W chwili wyrażenia zgody na zawarcie umowy inwestor powinien więc posiadać wiedzę o jej istotnych postanowieniach, decydujących o zakresie jego solidtarnej odpowiedzialności z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy albo powinien co najmniej mieć zapewnioną możliwość zapoznania się z tymi postanowieniami. Nie jest jednak w tym celu konieczne przedstawienie inwestorowi umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji, inwestor nie musi bowiem znać treści całej umowy lub jej projektu. Jego znajomość istotnych postanowień umowy podwykonawczej decydujących o zakresie jego odpowiedzialności nie musi też pochodzić od wykonawcy lub podwykonawcy, może mieć dowolne źródło i nie musi być ukierunkowana na zawarcie umowy podwykonawczej (por. wyrok SN z 8.11.2016 r., III

CSK 3/16, wyrok SN z 4.02.2011 r., sygn. akt III CSK 152/10, Legalis nr 422583, wyrok SN z 18.06.2015 r., III CSK 370/14, LEX nr 1745820, wyrok SA w Szczecinie z 7.07. 2017 r., I ACa 316/17, LEX nr 2391904).

Sąd Apelacyjny powyższy pogląd podziela tj. uznaje za własne trafne stanowisko Sądu Okręgowego, że w świetle treści art. 647¹ § 2 i § 3 k.c. dla uznania solidarnej odpowiedzialności pozwanego jako inwestora z generalnym wykonawcą wystarczające było w okolicznościach niniejszej sprawy to, że wiedział, iż powód wykonuje część określonych robót budowlanych na terenie placu budowy, że to akceptował, a tym samym w ocenie Sadu II instancji miał możliwość, gdyby tylko chciał zapoznania się z istotnymi postanowieniami umowy, jaką powód zawarł z generalnym wykonawcą tj. firmą (...).

Sąd Apelacyjny rozpoznający niniejszą sprawę podziela ponadto w całości pogląd wyrażony w wyroku SN z 28.10.2016 r., I CSK 645/15, w którym Sąd Najwyższy analizował podniesiony w skardze kasacyjnej zarzut błędnej wykładni art. 647¹ § 2 w związku z art. 60 k.c. przez uzależnienie skuteczności oświadczenia woli obejmującego zgodę inwestora od udowodnienia przez podwykonawcę świadomości inwestora co do istotnych postanowień umowy wykonawcy z podwykonawcą. Sąd Najwyższy uznając ten zarzut za trafny wskazał, że „pojęcie dorozumianych oświadczeń woli należy odnosić do zachowań ujawniających wolę danej osoby, a nie do stanu jej świadomości. Dla skuteczności oświadczenia woli obejmującego zgodę, o której mowa, nie jest zresztą konieczne, aby inwestor zapoznał się z istotnymi postanowieniami umowy podwykonawczej, wystarczy, że miał zapewnioną możliwość zapoznania się z tymi postanowieniami”. Taki pogląd Sąd Najwyższy prezentował w wielu orzeczeniach. Przykładowo w wyroku z 24.01.2014 r., V CSK 124/13 Sąd ten stwierdził, że jeżeli inwestor zrezygnował z wglądu do dokumentacji lub z żądania informacji od wykonawcy, skuteczność jego zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą nie jest uzależniona od przedstawienia umowy lub projektu umowy oraz wiedzy o jej postanowieniach. W wyroku SN z 6.10.2010 r., II CSK 210/10 znajdujemy stwierdzenie, że dorozumiana zgoda inwestora na zawarcie umowy wykonawcy i podwykonawcy wyrażona w sposób czynny jest skuteczna, gdy dotyczy umowy, której istotne postanowienia, decydujące o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy są znane inwestorowi albo z którymi miał możliwość zapoznania się. W wyroku z 20.06.2007 r., II CSK 108/07 Sąd Najwyższy wypowiada natomiast pogląd, że zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą może być wyrażona w każdy sposób (art. 60 k.c.), bez konieczności przedstawiania inwestorowi umowy z podwykonawcą lub jej projektu z odpowiednią dokumentacją. Także w uchwale wydanej w sprawie III CZP 108/15 z dnia 17.02.2016 r. SN rozstrzygnął, że skuteczność dorozumianej zgody inwestora na zatrudnienie podwykonawcy uzależniona jest jedynie od zapewnienia mu możliwości zapoznania się z postanowieniami umowy wyznaczającymi zakres jego odpowiedzialności.

Zgoda czynna inwestora nie musiała zatem w przedmiotowej sprawie być poprzedzona procedurą z art. 647¹ § 2 zd. 2 k.c., lecz wystarczała tutaj wiedza inwestora pochodząca z jakiegokolwiek źródła. Prezentowany jest także w orzecznictwie słuszny pogląd, że zgoda inwestora jest oświadczeniem zindywidualizowanym a nie blankietowym, a więc musi odnosić się do konkretnej umowy oraz że interpretacja zachowań inwestora, mających wyrazić wolę przyjęcia dodatkowej odpowiedzialności, musi być staranna i rozważna, gdyż jest to wyjątek tworzący gwarancyjną odpowiedzialność za cudzy dług. Stąd analizując odpowiedzialność inwestora, należy każdorazowo ocenić całość okoliczności konkretnej sprawy. Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy należy wskazać, że Sąd Okręgowy uwzględniając powództwo wskazał, jakie dowody i ustalone na ich podstawie okoliczności faktyczne dowodzą tego, że pozwany ad. 2 godził się na wykonywanie konkretnych robót przez powoda i z ustaleń tych można wysnuć w sposób oczywisty wniosek, że pozwany ad. 2 miał możliwość, gdyby tylko chciał, zapoznania się z umową powoda z H. będącym generalnym wykonawcą, a każdym razie nie wynika z materiału dowodowego, ani pozwany ad. 2 nawet tak nie twierdzi, że nie było to możliwe z przyczyn od niego niezależnych. Z uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia wyraźnie wynika, że Sąd orzekający w pierwszej instancji wziął pod uwagę wszystkie okoliczności faktyczne zaistniałe w sprawie, poparte wiarygodnymi dowodami w postaci przywołanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku dokumentów i zeznań świadków, dochodząc do prawidłowej, choć wprost niewyrażonej konkluzji, że jeśli inwestor poprzez swoje zachowanie wyrażone na zewnątrz, w szczególności wobec podwykonawcy, akceptuje fakt realizacji wyodrębnionej części robót budowlanych objętych umową z generalnym wykonawcą, przez przedstawionemu mu i

zidentyfikowanego podwykonawcę, to warunkiem powstania odpowiedzialności solidarnej inwestora i generalnego wykonawcy za wynagrodzenie należne temu podwykonawcy, o której mowa w art. 647¹ § 5 k.c., nie jest przedłożenie mu egzemplarza umowy podwykonawczej, jeśli nie ulega wątpliwości, że inwestor mógł realnie zażądać okazania mu tej umowy, mógł zapoznać się z jej treścią oraz wyrazić swój ewentualny sprzeciw wobec powierzenia określonej części robót temu właśnie podwykonawcy (por. np. wyrok SN z 20 sierpnia 2015 r., II CSK 551/14). Skoro bowiem inwestor, który uzyskał wiedzę w przedmiocie udziału podwykonawcy w procesie budowlanym i nie zakwestionował ani samego faktu posłużenia się podwykonawcą, ani tego, że prace te były zgodne z umową inwestora z generalnym wykonawcą, ani skutecznie nie zakwestionował jakości prac, które podwykonawca wykonał, tym samym w sposób konkludentny wyraził zgodę na udział podwykonawcy w procesie budowlanym. Akceptacja ze strony inwestora obecności powoda jako podmiotu na budowie i wykonywanie przez niego prac nie może być potraktowana inaczej, w okolicznościach ustalonych przez Sąd I instancji, jak wyrażenie zgody na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą. Ocena działań pozwanego jako inwestora dokonana przez Sąd Okręgowy jest logiczna, zgodna z doświadczeniem życiowym, w szczególności jeśli weźmie się pod uwagę racjonalności działania pozwanego ad. 2 jako podmiotu uczestniczącego w obrocie prawnym. Sąd Okręgowy miał podstawy do uznania, że w danych okolicznościach nie było wątpliwości co do treści tego oświadczenia, a zatem, by zachowanie pozwanego ad. 2 wskazywało jednoznacznie na wyrażenie oświadczenia woli i nie mogło być uzasadnione innymi motywami niż dążenie do wywołania określonych skutków prawnych. W każdym zaś razie apelacja w żaden sposób trafności oceny dowodów i dokonanych na ich podstawie ustaleń faktycznych nie podważyła.

Skarżący nie wykazał także, że Sąd Okręgowy opierając się na przeprowadzonych dowodach dokonał błędnej wykładni zachowań pozwanego ad. 2 w tym aspekcie, że dokonał jej niezgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli, które mają zastosowanie zarówno do ustalenia treści oświadczenia woli, jak i samego bytu tego oświadczenia.

Ważne dla rozpoznania niniejszej sprawy jest także to, że Sąd Apelacyjny podziela pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w jednym z ww. wyroków, że „inwestor nie ma obowiązku dociekania treści stosunku prawnego pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą”, a możliwość uzyskania wiedzy o treści umowy podwykonawczej wyklądać należy jako „stworzenie mu (inwestorowi) realnej możliwości zapoznania się z postanowieniami umowy istotnymi z punktu widzenia zakresu odpowiedzialności, którą na siebie przyjmuje wyrażając zgodę na jej zawarcie”. Przy czym Sąd Najwyższy wskazuje, że owa realna możliwość to „stan, w którym jedynie od woli inwestora będzie zależało, czy zapozna się z treścią umowy”. Należy więc tutaj dopatrywać się sytuacji analogicznej do tej z art. 61 § 1 k.c. W przedmiotowej sprawie, przy niezakwestionowanych skutecznie ustaleniach Sądu Okręgowego, co do tego, że w § 16 umowy zawartej przez H. z inwestorem strony ustaliły, że inwestor wyraża zgodę na wykonanie przez H. jako generalnego wykonawcę robót przy pomocy podwykonawców (umowa wraz z aneksami, k. 461 i nast.) oraz że powód P. J. (1) był podwykonawcą robót elektrycznych i teletechnicznych generalnego wykonawcy H., że na budowie ustalony został sposób komunikacji i zawiadamiania uczestników procesu budowlanego, który polegał na tym, że do obsługi inwestycji założono „konta ftp” o nazwie (...) (...) oraz (...) na serwerze i konto to było udostępnione do odczytu inwestorowi i pobierania dokumentów, że P. J. (1) został ujawniony w systemie jako podwykonawca (akt notarialny, k. 846 i nast., zgłoszenie podwykonawców, karta informacyjna, k. 850 i nast.), że P. J. (1) jako podwykonawca uczestniczył w naradach na budowie, że znany był przedstawicielom inwestora na budowie (protokół z narady, k. 67- 68, zeznania świadków), że został ujawniony w dzienniku budowy jako podwykonawca H. (k. 425), że P. J. (1) otrzymał część wynagrodzenia bezpośrednio od inwestora (zeznania świadka P. J. (2)), że inwestor prowadził z nim korespondencję (pisma k. 65, 66, 69 i 156), nie ma podstaw do przyjęcia innej koncepcji niż ta, że pozwany ad. 2 musiał wiedzieć kto wykonuje faktycznie prace elektryczne i teletechniczne, jaki jest zakres tych prac oraz przyjęcia, że tylko od woli pozwanego ad. 2 zależało, czy zapozna się ze szczegółową treścią umowy zwartej przez powoda z H. (por. także wyrok Sądu Apel. w Katowicach z 30.11.2017 r., V ACa 79/17, wyrok Sądu Apel. w Szczecinie z 07.07.2017 r., I ACa 316/17).

Wbrew zatem argumentacji skarżącego miał on w przedmiotowej sprawie zagwarantowaną minimalną ochronę prawną, pozwalającą na zapewnienie znajomości okoliczności pozwalających oszacować zakres i stopień zagrożenia wynikającego z przyjmowanej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, natomiast obojętną

kwestią jest obecnie to czy z tej możliwości skorzystał. W tych okolicznościach nie ma znaczenia to, że ostatecznie mógł nie mieć wiedzy na temat postanowień umowy podwykonawczej zawartej przez powoda z H..

Istotny dla rozpoznania sprawy miał także podzielany przez Sąd Apelacyjny pogląd judykatury co do tego, że w świetle treści przepisów mających zastosowanie w przedmiotowej sprawie uzasadnione było dokonywanie wykładni art. 647¹ § 1 k.c. w duchu życzliwej interpretacji dla podwykonawców, jako podmiotów o słabszej pozycji w obrocie gospodarczym, gdy mimo spełnienia przez nich świadczenia inwestor (wykonawca, podwykonawca) odmawia zapłaty” (por. wyrok SN z dnia 27 marca 2013 r., III CSK 298/12, LEX nr 1365675). Przepisy art. 647¹ k.c. wprowadzono bowiem jako remedium na nieuczciwe praktyki szerzące się w sektorze inwestycji budowlanych, tj. przypadki uchylania się od zapłaty należnego podwykonawcom wynagrodzenia.

Tym samym Sąd Okręgowy prawidłowo uznał, z powołaniem się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 21 stycznia 2014 r, sygn. akt I ACa 30/2014, że ochrona podwykonawcy przewidziana w art. 647¹ § 5 k.c. mogła znaleźć zastosowanie do powoda w przedmiotowej sprawie .

Nie mógł także odnieść skutku zarzut naruszenia art. 647¹ k.c. poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że roszczenie o zwrot kaucji gwarancyjnej stanowi w istocie roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane.

Jednocześnie przyjmuje się w orzecznictwie i doktrynie, że z treści przepisu art. 647¹ § 5 k.c. wynika, że podwykonawca może skutecznie dochodzić od inwestora wyłącznie samej kwoty wynagrodzenia (vide przykładowo wyrok SN z 05.09.2012 r. sygn. akt. IV CSK 91/12). Niedopuszczalne jest zatem obciążanie inwestora innymi świadczeniami np. odsetkami za opóźnienie w zapłacie, jakiego dopuścił się generalny wykonawca. To wąskie ujęcie ma ogromne znaczenie dla oceny dopuszczalności dochodzenia „kaucji”. W przypadku 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. 353¹ 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. Sposobem zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest także zatrzymanie części wynagrodzenia do umówionego czasu.

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 wiarygodności, 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 gwarancyjna” w treści umowy 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 natomiast 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 te teoretyczne rozważania na grunt niniejszej sprawy należy zauważyć, dokonując wykładni postanowień umowy zawartej przez powoda z generalnym wykonawcą H. (a w szczególności jej § 9) według reguł interpretacyjnych wyrażonych we wskazanym art. 65 k.c. (w oparciu o tekst umowy k. 53-62, gdyż strony nie wniosły np. o przeprowadzenie dowodów na okoliczność wykładni oświadczenia woli zawartego w umowie w omawianym zakresie, a poza tym wykładni nie wymagają co do zasady zapisy umów, które są jasne i jednoznaczne (clara non sunt interpretanda (łac. nie dokonuje się wykładni tego, co jasne), że z § 9 ww. umowy i jego tytułu jednoznacznie wynika, że H. jako zamawiający był na mocy tego postanowienia umowy, uprawniony do dokonania zatrzymania 10% wartości netto wynagrodzenia wynikającego z faktury powoda jako wykonawcy jako zabezpieczenia dobrego wykonania przedmiotu umowy, dalej zwanego kaucją gwarancyjną i był obowiązany do zwrotu tego zabezpieczenia w określonych w § 9 ust. 2 lit. a i b umowy przypadkach, w tym do zwrotu kwoty zabezpieczenia w wysokości dochodzonej niniejszym pozwem. Z żadnego postanowienia umowy zawartej przez powoda z H. nie wynikał także obowiązek podwykonawcy uiszczenia określonej kwoty pieniężnej na rzecz zamawiającego tytułem kaucji gwarancyjnej czy też tytułem pokrycia jakiegokolwiek innej formy zabezpieczenia dobrego wykonania umowy. Nie sposób było zatem 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 powód z tytułu wykonanych robót mógł mieć roszczenie o zapłatę reszty wynagrodzenia, a nie o zwrot kaucji. Powyższe prowadzi także do wniosku, że użycie w umowie jak i przez powoda w uzasadnieniu pozwu m. in. zwrotu „możliwość zatrzymania kaucji gwarancyjnej” nie może przesądzać o charakterze prawnym roszczenia jako o roszczeniu o zwrot kaucji, a nie roszczeniu o zapłatę reszty zatrzymanego wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane.

Reasumując dotychczasowe rozważania stwierdzić należy, że interpretacja postanowienia § 9 ww. umowy łączącej powoda jako podwykonawcę z H. jako generalnym wykonawcą oparta na jego 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 miałby polegać na zatrzymaniu części należnego powodowi wynagrodzenia, a nie na przeniesieniu na rzecz zamawiającego określonej kwoty pieniężnej tytułem kaucji gwarancyjnej. Powód wyraził jedynie zgodę na niewypłacanie mu 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 (§ 9 ust. 3). 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 apelującego nadanie zatrzymanemu wynagrodzeniu funkcji zabezpieczającej i określenie jej w dalszej części § 9 jako kaucji gwarancyjnej nie zmieniło jego charakteru prawnego, został jedynie przesunięty wolą stron termin jego wymagalności.

W konsekwencji powyższego trafnie Sąd Okręgowy uznał, że roszczenie o zapłatę zatrzymanej tytułem zabezpieczenia części wynagrodzenia podlegało regulacji z art. 647¹ § 5 k.c. co oznacza, że podwykonawca mógł dochodzić powyższego wynagrodzenia również w stosunku do inwestora, który w tym zakresie ponosi solidarną odpowiedzialność z generalnym wykonawcą. Z takim też żądaniem w niniejszej sprawie wystąpił powód domagając się zwrotu zatrzymanej kwoty jako żądaniem zwrotu części wynagrodzenia za roboty budowlane, której podwykonawca nie otrzymał (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). Trzeba także w podsumowaniu podnieść, że kwalifikacja prawna przytaczanych przez powoda okoliczności faktycznych jak i wysuwanego w oparciu o nie roszczenia należała ostatecznie do sądu. 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. 647¹ § 5 k.c. Ustawodawca jednoznacznie wprowadził w art. 647¹ § 6 k.c. sankcję nieważności takich postanowień umownych, które byłyby odmienne od przewidzianych w całym art. 647¹ k.c. norm bezwzględnie obowiązujących, a więc naruszałyby także i wynikającą z art. 647¹ § 5 k.c. szczególną ochronę prawną wynagrodzenia należnego podwykonawcy za wykonane roboty budowlane.

W tym stanie rzeczy apelacja pozwanego ad. 2 (aktualnie (...) sp. z o. o. w W. jako następcą prawny (...) sp. z o. o. w W., poprzednio (...) sp. z o. o. w W.) została oddalona na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie 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 6 i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. 2015.1800).

Anna Rachocka Ewa Zalewska Tomasz Wojciechowski