

Sygn. akt I ACa 1749/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 kwietnia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Małgorzata Stanek

Sędziowie: SSA Anna Beniak

del. SSO Jacek Pasikowski (spr.)

Protokolant: st. sekr. sąd. Julita Postolska

po rozpoznaniu w dniu 30 kwietnia 2015 r. w Łodzi na rozprawie

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

przeciwko (...) **Spółce Akcyjnej z siedzibą w (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w O. (poprzednio (...) Sp. z o.o. (...) S.K.A. w G.)**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanych

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 31 lipca 2014 r. sygn. akt X GC 53/13

1. oddała obie apelacje;
2. zasądza solidarnie od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w O. na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt I ACa 1749/14

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 31 lipca 2014 roku Sąd Okręgowy w Łodzi zasądził solidarnie od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w O. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. kwotę 149.073,99 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 12 października 2012 roku do dnia zapłaty, a w pozostałym zakresie umorzył postępowanie.

Ponadto Sąd I instancji zasądził od pozwanych na rzecz powoda kwotę 13.006,88 złotych tytułem zawrotu kosztów postępowania, kwotę 3245,90 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania zabezpieczającego oraz nakazał zwrot z konta Sądu Okręgowego w Łodzi na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. kwoty 280,00 złotych tytułem zwrotu opłaty od cofniętej części powództwa.

Sąd Okręgowy swoje rozstrzygnięcie oparł na następujących ustaleniach:

W dniu 27 września 2011 roku (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. jako generalny wykonawca, zawarła z inwestorem (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (...) w G. (obecnie po przekształceniu: (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w O.) umowę o roboty budowlane w której postanowiono, że wykonawca, Spółka (...) wykona obiekt Areny O. Centrum T.-Konferencyjnego Warmii i M. w O. bez pomocy podwykonawców. Jednocześnie w umowie tej uregulowano tryb zwracania się i wyrażania zgody przez inwestora na ewentualne zatrudnienie podwykonawców. Tryb ten był szczegółowy i wiązał się z koniecznością przedstawienia umowy z podwykonawcą.

Z kolei w dniu 16 kwietnia 2012 roku powódka zawarła z pozwaną (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w S. umowę, mocą której pozwana jako generalny wykonawca robót budowlanych na rzecz inwestora – (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (...) w G. (obecnie: (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w O.), zleciła powódce podwykonawstwo w zakresie robót polegających na kompleksowym montażu sufitów rastrowych aluminiowych w pomieszczeniach hal zgodnie z dokumentacją techniczną inwestora we wznoszonym obiekcie Areny O. Centrum T.-Konferencyjnego Warmii i M. w O.. Wysokość szacunkowego wynagrodzenia podwykonawcy określono na kwotę 273.298,00 złotych netto, a jako termin rozpoczęcia robót podano 28 maja 2012 roku, zaś zakończenia prac 7 lipca 2012 roku. Wynagrodzenie miało być płatne na podstawie protokołu odbioru robót, przy czym, dopuszczono fakturowanie częściowe za zrealizowane elementy robót, na koniec miesiąca, nie więcej niż narastająco do 90% wartości poszczególnych elementów umowy. W § 7 umowy postanowiono, iż wykonawca tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy ma prawo zatrzymania 10% kwoty wynagrodzenia netto z każdej faktury podwykonawcy. Połowa zatrzymanej kwoty miała być zwrócona powodowi po dokonaniu odbioru końcowego inwestycji i usunięciu wad, zaś pozostała część – po upływie okresu gwarancji i usunięciu wad. W § 12 ust.1 pkt a umowy postanowiono, iż za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy podwykonawca zapłaci wykonawcy karę umowną w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień opóźnienia, a maksymalna wysokość kar za nieterminowe oddanie przedmiotu umowy nie mogła przekroczyć 20% wartości prac netto. Do umowy został sporządzony załącznik, określający zakres robót z podaniem ilości poszczególnych rodzajów sufitów i ich ceny jednostkowej.

Budowa Areny O. Centrum T.-Konferencyjnego Warmii i M. w O. polegała na wykonaniu robót konstrukcyjnych, instalatorskich (w zakresie wszystkich instalacji, w tym wodno-kanalizacyjnej, centralnego ogrzewania, elektrycznej itd.) oraz prac wykończeniowych. Każdego dnia na budowie pracowały osoby z co najmniej 60 firm podwykonawczych, które miały zawarte umowy z generalnym wykonawcą, jednak (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. formalnie nie zgłosiła żadnego z podwykonawców inwestorowi. Pracownicy inwestora widzieli na placu budowy setki pracujących osób w kombinezonach różnych firm budowlanych, a w tym pracowników montujących sufity rastrowe mających ubrania robocze z nazwą (...), jednak nie wnikli na jakiej podstawie realizują prace i dlatego przez generalnego wykonawcę nie zostali zgłoszeni jako podwykonawcy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (...) w G. (obecnie: (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w O.).

W czasie realizacji prac objętych umową nastąpiły obciążające generalnego wykonawcę zdarzenia, które wpłynęły na wydłużenie czasu wykonania robót przez (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. . Polegały one w pierwszym rzędzie na braku przygotowania posadzek (wylewek), co uniemożliwiało wjazd podnośników niezbędnych do montażu sufitów rastrowych oraz braku wykonania ścian działowych do montażu sufitów i opóźnieniach w robotach instalacyjnych, na które miały być montowane sufity. Także inni podwykonawcy uszkadzali już zamontowane przez powoda sufity, bądź je niefachowo demontowali, co wymagało ze strony powoda napraw.

Roboty powódki, jako jedyne wykonawcy sufitów, zostały zrealizowane w całości, a tym samym zamontowane zostały wszystkie sufity w ilościach wynikających z umowy stron. Arena O. Centrum T.-Konferencyjne Warmii i M. w O. zostało oddane do użytku we wrześniu 2012 roku, zaś w dniu 10 września 2012 roku w nowo wybudowanym kompleksie rozpoczęła się pierwsza impreza wystawiennicza.

Za wykonane prace powódka wystawiła obciążające pozwaną (...) Spółkę Akcyjną z siedzibą w S. faktury VAT: nr (...) z dnia 27 lipca 2012 roku na kwotę brutto 135.815,30 złotych i nr (...) z 11 września 2012 roku na kwotę brutto 160.293,91 złotych (objęta sporem), a powyższe faktury zostały odebrane i podpisane przez reprezentującego Spółkę

(...) kierownika kontraktu mgr inż. C. L., przy czym faktura nr (...) została wystawiona na podstawie protokołu odbioru rzeczowo-finansowego nr 2.

Faktura nr (...) została zapłacona, przy czym część kwoty z tejże faktury, wynosząca 122.057,10 zł została uiszczona bezpośrednio przez inwestora (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (...) w G. (obecnie: (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w O.). Powyższa zapłata nastąpiła w ten sposób, że generalny wykonawca dokonał cesji swojej wierzytelności w kwocie 122.057,10 złotych w stosunku do inwestora, na rzecz powódki (cesjonariusza) jako podwykonawcy robót w Arenie O..

Z kolei faktura nr (...) nie została zapłacona pomimo podpisania protokołu rzeczowo-finansowego odbioru robót nią objętych. W okresie wykonywania robót budowlanych przez powódkę nie było pod jej adresem zarzutów dotyczących jakichkolwiek opóźnień w ich realizacji. Nie były także zgłaszane jakikolwiek roszczenia z tytułu kar umownych.

Powódka kierowała do generalnego wykonawcy wezwania o zapłatę należności za wykonane sufity rastrowe, a wezwania pozostały bez odpowiedzi.

Do wniesionego w niniejszej sprawie sprzeciwu od wydanego nakazu zapłaty Spółka (...) załączyła dwie faktury na kwoty odpowiednio 978,91 złotych i 2.226,96 złotych (łącznie 3205,87 zł), które zgodnie z umową stron, obciążały powoda udziałem w kosztach obsługi budowy w O. i oświadczenie o kompensacie powyższych kwot, z należnościami powoda wynikającymi z faktury (...).

Półtora miesiąca po złożeniu przez pozwaną (...) Spółkę Akcyjną z siedzibą w S. sprzeciwu od nakazu zapłaty w niniejszej sprawie, ta Spółka skierowała do powódki notę księgową numer (...) datowaną na dzień 23 stycznia 2013 roku, w której oświadczyła, że obciąża powódkę kwotą 54.659,60 zł tytułem kary umownej za opóźnienie w wykonaniu umowy wynoszące 63 dni. Powódka w odpowiedzi na doręczoną notę oświadczyła pisemnie, iż nota nie zostanie zaksięgowana, gdyż brak jest jakichkolwiek podstaw do obciążania powódki karą umowną, albowiem opóźnienie jest wynikiem okoliczności, za które powódka nie ponosi odpowiedzialności.

Inwestor (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (...) w G. (obecnie: (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w O.) i generalny wykonawca (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. w maju 2013 roku podpisali protokół odbioru robót obejmujących budowę Areny O. Centrum T.-Konferencyjnego Warmii i M. w O., co było realizacją ugody sądowej zawartej przez te podmioty w lutym 2013 roku, mocą której doszło do obniżenia wynagrodzenia generalnego wykonawcy w stosunku do wynagrodzenia określonego umową z dnia 27 września 2011 roku.

Pismem z dnia 19 stycznia 2013 roku powódka ograniczyła wysokość dochodzonego roszczenia o kwotę 11.219,92 zł, domagając się ostatecznie zasądzenia solidarnie od pozwanych kwoty 149.073,99 zł wraz z odsetkami od dnia 12 października 2012 roku do dnia zapłaty, uznając dokonane potrącenie kosztów budowy i części kaucji gwarancyjnej.

W uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał w oparciu o jakie dowody ustalił powyższy stan faktyczny, a następnie wskazał, iż w sprawie mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umowy o roboty budowlane, zaś zgodnie z art. 647 k.c., przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Podstawy prawne odpowiedzialności obu pozwanych są odmienne, co wynika z faktu, iż (...) Spółka Akcyjna z siedzibą S. jako generalny wykonawca odpowiada za dług własny, który wynika z zawartej przez nią z podwykonawcą umowy o roboty budowlane. Natomiast odpowiedzialność drugiego z pozwanych (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w O. jako inwestora jest odpowiedzialnością za cudzy dług, realizującą się po spełnieniu ustawowych przesłanek.

Przesłanki te zostały określone art. 647¹ § 1 k.c., który przewiduje, iż w umowie o roboty budowlane, zawartej pomiędzy inwestorem, a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. W myśl § 2 cytowanego przepisu, do zawarcia przez generalnego wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora, zaś 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 umowy. Zgodnie z § 4 wskazanego przepisu umowy generalnego wykonawcy z podwykonawcami winny być zawarte w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Stosownie do art. 647¹ § 5 k.c., zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za wykonane przez podwykonawcę roboty budowlane. W myśl § 6, odmienne postanowienia umów, o których mowa w art. 647¹ k.c., są nieważne.

Tym samym skoro powód i generalny wykonawca Spółka (...) zawarły w dniu 16 kwietnia 2012 roku umowę o wykonanie sufitów rastrowych to odpowiedzialność wykonawcy zlecającego innemu podmiotowi podwykonawstwo robót budowlanych ma charakter samoistny i niezależny od jakichkolwiek porozumień wykonawcy z inwestorem, jego wiedzy, czy zgody. W takim wypadku wykonawca zgodnie z art. 647 k.c. odpowiada wobec podwykonawcy za wykonane przez podwykonawcę roboty budowlane, o ile wykonane zostały zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej oraz zobowiązany jest w takiej sytuacji roboty odebrać i zapłacić podwykonawcy wynagrodzenie.

Fakt wykonania przez powódkę robót budowlanych objętych umową z dnia 16 kwietnia 2012 roku, a zatem sufitów rastrowych, Sąd I instancji uznał nie tylko za potwierdzony dowodami, ale za niesporny. Fakt powołała się przez Spółkę (...) na brak podpisania protokołu odbioru tychże robót nie jest istotny, gdyż odmienną kwestią faktyczną jest wykonanie robót, a odmienną – podpisanie protokołu. Jest oczywiste, że roboty mogą być faktycznie wykonane, zaś protokół nie podpisany, a przyczyny nie sporządzenia takiego dokumentu mogą wynikać obiektywnych uwarunkowań, leżących po stronie podwykonawcy, wykonawcy, inwestora, czy osób trzecich. Sąd I instancji podkreślił, iż przepis wiąże obowiązek zapłaty z wykonaniem robót, nie zaś podpisaniem jakichkolwiek dokumentów i wskazał, że podmiot zlecający wykonanie robót budowlanych nie może korzystać z prawa wstrzymania zapłaty z uwagi na brak czynności, do których dokonania sam był zobowiązany i których ciężar udowodnienia, zgodnie z ogólną regułą art. 6 k.c., obciąża jego samego. Jeżeli zatem sam fakt wykonania robót bądź ich jakość budziły wątpliwości, nie istniały przeszkody do zgłoszenia w toku postępowania stosownych wniosków dowodowych, a w szczególności dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, czego jednak pozwani nie uczynili. Ponadto ustalenia faktyczne potwierdzają, iż obiekt budowlany Areny O. Centrum T.-Konferencyjnego Warmii i M. w O. został oddany do eksploatacji na początku września 2012 roku, zaś pozwani - generalny wykonawca i inwestor - w maju 2013 roku podpisali formalny protokół odbioru.

Za znamienne uznał Sąd I instancji, iż w sprzeciwie od nakazu zapłaty Spółka (...) oświadczyła, że przyczyną braku zapłaty na rzecz powoda był brak protokołu odbioru przez inwestora, z czym wiązała się możliwość, iż inwestor stwierdzi wady w robotach powódki. Skoro zatem ostatecznie inwestor dokonał odbioru obiektu, a jakiegokolwiek wady robót powoda nie zostały wykazane to zasadnym jest przyjęcie, że takich wad nie było. Ponadto będąca przedmiotem sporu faktura VAT nr (...) na kwotę 160.293,91 zł nie była fakturą końcową, której wystawienie mogłoby wiązać się z odbiorem końcowym prac, a jedynie fakturą przejściową, co przewidywała umowa stron i została podpisana wraz z protokołem rzeczowo - finansowym przez reprezentującego generalnego wykonawcę kierownika kontraktu. W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy przyjął, iż Spółka (...) bezsprzecznie zobowiązana jest do zapłacenia umówionego wynagrodzenia na rzecz powoda.

(...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. zgodnie z treścią art. 503 § 1 k.p.c. zobowiązana była do zgłoszenia w treści sprzeciwu od wydanego w sprawie nakazu zapłaty wszelkich zarzutów oraz twierdzeń i dowodów. Pozwana w sprzeciwie ograniczyła się do kwestii potrącenia kwot z tytułu kosztów ogólnych budowy oraz kaucji gwarancyjnych, jak też wywodów na temat braku protokołu odbioru, nie zgłaszając żadnych innych zarzutów ani twierdzeń. Dopiero po kolejnych dziewięciu miesiącach zgłosiła zarzut potrącenia kwoty 54.659,60 zł z tytułu naliczonej powódce kary

umownej za opóźnienie w wykonaniu robót. Do pisma zawierającego ten zarzut została dołączona nota obciążeniowa z dnia 23 stycznia 2013 r. Odnosząc się do powyższego zarzutu Sąd I instancji stwierdził, iż zgodnie z art. 498 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 innym organem państwowym. Przesłanką zatem skutecznego potrącenia ustawowego jest istnienie dwóch jednorodzących, wymagalnych i zaskarżalnych wzajemnych wierzytelności stron względem siebie. Zgodnie z zasadą ciężaru udowodnienia faktów z art. 6 k.c., ciężar dowodzenia w zakresie potrącenia spoczywa na osobie wywodzącej z tegoż potrącenia skutki prawne, a te nie zostały udowodnione przez pozwanego. Sąd Okręgowy stwierdził brak podstaw do uznania istnienia po stronie pozwanej wierzytelności w kwocie 54.659,60 złotych, którą przedstawiono do potrącenia i obszernie odniósł się do instytucji kary umownej uregulowanej w przepisach kodeksu cywilnego uznając, iż jej istotą jest swoisty sposób naprawienia szkody polegającej na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania w rozumieniu art. 471 k.c., a w konsekwencji to zgłaszający zarzut potrącenia winien udowodnić przesłanki wskazanej regulacji za wyjątkiem winy dłużnika, która jest domniemana. Przesłanki te jednak nie zostały wykazane przez Spółkę (...), a nadto ten pozwany pomimo wynikającego z art. 503 § 1 k.p.c. obowiązku zgłoszenia stosownych twierdzeń i dowodów w sprzecznie nie podniosła w jakikolwiek sposób, iż po stronie powoda zaistniało opóźnienie w wykonaniu robót. Ta okoliczność nie została także sprecyzowana w dalszym postępowaniu, a w szczególności nie wykazano, aby generalny wykonawca zapłacił jakąkolwiek kwotę na rzecz inwestora w związku z działaniem powódki. (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. nie przedstawiła ugody zawartej z inwestorem, a tym samym nie można ustalić na czym ona polegała, ani nie zgłosiła w tym przedmiocie jakichkolwiek wniosków dowodowych.

Bezspornie powódka zgodnie z umową miała zakończyć prace w dniu 7 lipca 2012 roku, a w świetle nie kwestionowanego przez powódkę oświadczenia generalnego wykonawcy zakończono je na początku września 2012 roku. Okoliczność ta nie pozwala jednak na przyjęcie, iż opóźnienie nastąpiło z winy podwykonawcy, albowiem zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, iż uchybienie terminowi nastąpiło wskutek okoliczności obciążających generalnego wykonawcę. W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy podkreślił, iż wprawdzie zgodnie z brzmieniem § 12 ust.1 pkt a umowy z dnia 16 kwietnia 2012 roku kara umowna została ustalona za opóźnienie w wykonaniu umowy, nie za zwłokę, a zatem opóźnienie za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 476 k.c.) na co powołuje się Spółka (...), to taka argumentacja jest całkowicie chybiona. Zgodnie bowiem z art.473 § 1 k.c., dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Należy jednak wskazać na praktyczny skutek przyjęcia argumentacji pozwanej i stwierdzić, że w przypadku uznania, że zastosowane w umowie ogólne określenie „opóźnienie” jest opóźnieniem z dowolnej przyczyny, a zatem również z wyłącznej przyczyny leżącej po stronie pozwanej. Zatem i w takim wypadku powódka byłaby zobowiązana do płacenia kary umownej w znacznej wysokości na rzecz podmiotu który spowodował opóźnienie. Zgodnie z art. 353¹ k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Umowa zatem nie powinna stać w sprzeczności z podstawową dla prawa zobowiązań zasadą równości stron. Uznać należy jako zasadę, że wprowadzenie do umowy elementów naruszających powyższą zasadę nie jest zgodne z zasadą swobody kontraktowania. Także art. 473 § 1 k.c., w którym jest mowa o przyjęciu odpowiedzialności za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które z mocy ustawy dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Inaczej ujmując, te okoliczności winny być w umowie oznaczone, a umowa stron takiego zapisu nie zawiera.

Mając to na uwadze, Sąd Okręgowy uznał, że zgodnie z przytoczonymi zasadami odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, odnoszącymi się również do kary umownej jako wariantu odpowiedzialności, dłużnik ma prawo do wykazania okoliczności przeciwnej względem domniemania z art. 471 k.c., a zatem że nie ponosi winy. Zdaniem Sądu I instancji w tej sprawie nie budzi wątpliwości, że powódka taki dowód braku winy skutecznie przeprowadziła, zgłaszając stosowne dowody na tę okoliczność, z których wynika niezbicie, że w budowie całego obiektu zaistniały znaczne opóźnienia. Stosowne wywody na ten temat zawarła w sprzecznie pozwana (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w O., a pozwana Spółka (...) tego nie zakwestionowała. Zebrany materiał dowodowy

jednoznacznie wykazał, iż powódka nie mogła dotrzymać umownego terminu wykonania robót z uwagi na opóźnienia robotach ogólnobudowlanych i instalacyjnych, które musiały zostać zakończone przed rozpoczęciem montażu sufitów.

W tych okolicznościach stwierdzić należy, że istniały pełne podstawy do zasądzenia dochodzonej pozew kwoty, pomniejszonej o dokonane potrącenia kosztów ogólnych inwestycji i zatrzymanej kaucji gwarancyjnej (w łącznej kwocie 11.219,92 zł), a więc łącznej kwoty 149.073,99 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia przypadającego po dniu wymagalności roszczenia powódki, a zatem od dnia 12 października 2012 roku.

Z kolei w odniesieniu do podstaw odpowiedzialności (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w O. Sąd Okręgowy wskazał, iż inwestor wnosząc o oddalenie powództwa przeciwko, powołał się na treść art. 647¹ k.c. oraz przedstawił obszerny wywody na temat braku swej odpowiedzialności, co w jego opinii wynikało z treści umowy zawartej pomiędzy inwestorem i generalnym wykonawcą, która przewidywała szczegółowe uwarunkowania dla powierzenia części robót podwykonawcom. Wbrew twierdzeniom pozwanej (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w O. niezależnie od obszerności i szczegółowości porozumień pomiędzy inwestorem a wykonawcą, inwestor zawsze ponosi odpowiedzialność za wynagrodzenie należne podwykonawcy, o ile tylko są spełnione warunki art. 647¹ § 2 k.c.

Wskazany przepis w zdaniu pierwszym zawiera wymóg uzyskania zgody inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą przez wykonawcę lecz przepis nie określa żadnej formy owej zgody, a zatem zgodnie z powszechnymi regułami dotyczącymi oświadczeń woli (art.60 k.c.), zgoda ta może być wyrażona w dowolny sposób (wyraźny lub dorozumiany), a odmienne postanowienia umowne (np. wymagające szczególnego sposobu wyrażenia zgody) są z mocy art. 647¹ § 6 k.c. nieważne

Z kolei zdanie drugie art. 647¹ § 2 k.c. przyjmuje domniemaną zgodę inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą, wówczas gdy inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń.

Przepis art. 647¹ k.c. został wprowadzony do obrotu prawnego w roku 2003 i pomimo niedługiego okresu obowiązywania, był wielokrotnie przedmiotem orzeczeń Sądu Najwyższego, a dokonana wykładnia przyjmuje, iż zdanie pierwsze cytowanego przepisu określa czynną zgodę inwestora, zaś zdanie drugie zgodę bierną. Przywołując szereg orzeczeń Sąd I instancji wskazał, iż w art. 647¹ k.c. chodzi o odpowiedzialność inwestora za cudzy dług, a jego interes został zabezpieczony poprzez obowiązek przedstawienia mu stosownej dokumentacji. Przyjmując fikcję wyrażenia w sposób bierny zgody, ustawodawca zakłada, że inwestor zapoznał się, a w każdym razie mógł się zapoznać z tą dokumentacją i ma, bądź powinien posiadać, wiedzę o zakresie robót i wynagrodzeniu uzgodnionym w umowie z podwykonawcą. Zgoda czynna może przybrać różną formę, a inwestor może wyrażać ją w sposób wyraźny pisemnie bądź ustnie, albo poprzez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę (art.60 k.c.). Może zatem nastąpić to poprzez czynności faktyczne, 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 podobnych czynności. Przepis art. 647¹ § 2 k.c. nie uzależnia odpowiedzialności inwestora od przedłożenia mu dokumentacji, jeżeli wyraża w sposób czynny zgodę na udział podwykonawcy w realizacji inwestycji. Może on uzyskać wiedzę o umowie pomiędzy wykonawcą, a podwykonawcą z dowolnego źródła, zarówno przed jej zawarciem, jak i później. Oczywiście warunkiem zgody czynnej inwestora na roboty podwykonawcy jest wiedza o fakcie, że podwykonawca pracuje, czy też będzie pracować na budowie. Co się zaś tyczy treści umowy wykonawcy z podwykonawcą, jak wskazuje się w judykaturze, w przypadku zgody czynnej (wiążącej się z wiedzą o pracy podwykonawcy), w odróżnieniu od zgody biernej (nie wymagającej z kolei wiedzy o faktycznych działaniach podwykonawcy) – nie jest konieczne nie tylko przedstawianie inwestorowi umowy lub jej projektu, ale nawet jego faktyczna wiedza o warunkach tejże umowie. Wystarczy bowiem, że inwestor, wiedząc o podwykonawstwie i godząc się na nie, nawet w sposób dorozumiany (np. tolerując milcząco pracę podwykonawcy), ma możliwość zapoznania się z treścią umowy wykonawcy z podwykonawcą. Umowa wykonawcy z podwykonawcą musi być zawarta w formie

pisemnej pod rygorem nieważności (art. 647¹ § 3 k.c.), toteż inwestor może w każdej chwili zażądać okazania mu takiej umowy i niezwłocznie zgłosić w sposób wyraźny swój do niej stosunek, także poprzez nie wyrażenie zgody na podwykonawstwo. Jeżeli oświadczy, że zgody nie wyraża, jest to wyraźne oświadczenie o braku zgody, oczywiście przekreślające nie tylko zgodę wyraźną, ale także zgodę dorozumianą.

W realiach niniejszego postępowania inwestycja Arena O. Centrum T.-Konferencyjne Warmii i M., stanowiła ogromny kompleks o powierzchni ponad 21.000 m² i była realizowana przy udziale pracowników co najmniej kilkudziesięciu różnych firm budowlanych, instalacyjnych i wykończeniowych. W ocenie Sądu Okręgowego nie budzi wątpliwości, że pracownicy poszczególnych firm odróżniali się od siebie wzajemnie, realizując konkretne odcinki i rodzaje robót, posiadając firmowe ubrania robocze oraz dojeżdżając samochodami i posługując się sprzętem firmowym z logo danej firmy. Okoliczność ta została wykazana w trakcie postępowania dowodowego w szczególności w odniesieniu do pracowników powoda. Inwestor, a w szczególności jego reprezentanci musieli zatem mieć wiedzę, iż generalny wykonawca realizuje roboty budowlane z udziałem wielu podwykonawców. Skoro zatem (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w O. miała wiedzę, iż to powódka jako podwykonawca drugiego z pozwanych montuje sufity podwieszane, a nie zażądała przedstawienia umowy z tym podwykonawcą to ta okoliczność stanowi w świetle art. 647¹ § 2 k.c. podstawę jej odpowiedzialności tym bardziej, że inwestor regulował na rzecz powoda także część należności za wykonane sufity, na podstawie cesji dokonanej przez generalnego wykonawcę w zakresie kwoty 122.057,10 złotych.

Mając to na uwadze powyższe rozważania Sąd Okręgowy uznał, iż na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. istniały pełne podstawy prawne do uwzględnienia powództwa także przeciwko pozwanej (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w O., której zakres solidarnej odpowiedzialności jest identyczny jak omówiona wcześniej odpowiedzialność wykonawcy Spółki (...) i obejmuje kwotę 149.073,99 zł żadaną po częściowym cofnięciu pozwu, wraz z odsetkami za opóźnienie w zapłacie, w wysokości odsetek ustawowych (art. 481 § 1 i 2 k.c.), od dnia przypadającego po terminie zapłaty do dnia zapłaty.

Z uwagi na cofnięcie pozwu w zakresie kwoty 11.219,92 złotych Sąd Okręgowy na podstawie art. 355 § 1 k.p.c. umorzył postępowanie w tej części zarządzając jednocześnie zwrot połowy opłaty sądowej od cofniętej części powództwa.

Z kolei o obowiązku zwrotu kosztów procesu Sąd I instancji orzekł stosując wyrażoną w art. 100 k.p.c. zasadę stosunkowego rozdzielenia kosztów, a przedmiotowe rozstrzygnięcie obejmowało także koszty postępowania zabezpieczającego, które toczyło się w niniejszej sprawie.

Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 31 lipca 2014 roku w zakresie kwoty 149.073,99 złotych (punkt 1) i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania, a w tym kosztów postępowania zabezpieczającego (punkt 4) apelacją zaskarżyła (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w O. zarzucając dokonaniem rozstrzygnięcia obrazę przepisu prawa materialnego, tj. art. 60 k.c. w związku z art. 647¹ § 5 k.c. i w związku z art. 647¹ § 2 k.c. polegającą na orzeczeniu solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą, mimo iż nie zostały spełnione przesłanki tej odpowiedzialności, tj. inwestor nie wyraził zgody na zawarcie umowy podwykonawczej przez powódkę i generalnego wykonawcę oraz błąd w ustaleniach faktycznych stanowiących podstawę orzeczenia, polegający na ustaleniu, że inwestor znał treść umowy podwykonawczej, mimo iż żaden dowód na tę okoliczność w postępowaniu nie został przeprowadzony.

W konkluzji apelacji wniesiono o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie w całości powództwa w stosunku do pozwanej (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w O. oraz zasądzenie od powódki na rzecz tego pozwanego.

Z kolei (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. zaskarżyła wyrok z dnia 31 lipca 2014 roku apelacją w odniesieniu do punktu pierwszego w zakresie kwoty 54.659,60 złotych i w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania zawartego w punkcie czwartym wyroku. Ten pozwany zarzucił rozstrzygnięciu naruszenie prawa materialnego to jest:

- art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 473 § 1 k.c. w związku z art. 353¹ k.c. poprzez ich niezastosowanie, prowadzące do błędnego uznania, że pozwanej Spółce (...) przysługiwała kara umowna za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy przez powoda, podczas gdy strony dokonały umownej modyfikacji odpowiedzialności

powoda i zastrzegły karę umowną na wypadek opóźnienia;

- art. 498 k.c. w związku z art. 499 k.c. poprzez ich niezastosowanie, w sytuacji gdy na skutek złożonego przez pozwaną Spółkę (...) oświadczenia o potrąceniu, doszło do umorzenia wzajemnych wierzytelności stron;

- art. 471 k.c. w związku z art. 483 k.c. poprzez błędne jego zastosowanie przyjmując, iż w niniejszym procesie pozwana Spółka (...) powinna była udowodnić wyrządzoną jej szkodę na skutek opóźnienia powoda, co w świetle obowiązujących przepisów prawa i natury kary umownej jest niedopuszczalne, gdyż kara umowna pełni funkcje: odszkodowawcze - kompensacyjną - stymulując dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania oraz represyjną, zmierzającą w istocie do obciążenia dłużnika obowiązkiem zapłaty określonej kwoty za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez niego umowy, niezależnie od tego czy wierzyciel poniósł szkodę.

(...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. podniosła nadto zarzuty naruszenia prawa procesowego mający wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

- art. 232 k.p.c. oraz art. 6 k.c. poprzez nieprawidłowe zastosowanie reguł określających rozkład ciężaru dowodu w zakresie wykazania opóźnienia powoda w zakończeniu prac, który sąd oceniał po stronie pozwanej Spółki (...), w sytuacji gdy zgodnie z aktualną linią orzecniczą ciężar udowodnienia, iż to nie powód opóźnił się w wykonaniu robót leżał po jego stronie;

- art. 233 §1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez przekroczenie granicy zasady swobodnej oceny dowodów, pominięcie wyjaśnień i ustaleń istotnych dla sprawy, nierozważenie w sposób bezstronny i wszechstronny dowodów ze znajdujących się w aktach sprawy dokumentów oraz ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego stojącą w sprzeczności z zasadami logiki oraz doświadczenia życiowego, w szczególności poprzez:

a) pominięcie i nieuwzględnienie przy wyrokowaniu postanowienia § 12 ust. 1 umowy z dnia 16 kwietnia 2012 roku, które dotyczyło faktycznego zastrzeżenia przez strony kary umownej za opóźnienie, a nie za zwłokę w wykonaniu umowy, na podstawie jednostronnego i bezkrytycznego przyjęcia wersji korzystnej tylko dla powoda, podczas gdy za pośrednictwem zgłoszonych przez stronę pozwaną Spółkę (...) środków dowodowych pozwana wykazała i dążyła do wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zawarte w umowie postanowienia umowne były nieprzypadkowe, wynegocjowane, nie budzące wątpliwości interpretacyjnych pomiędzy stronami,

b) poprzez przyjęcie przez Sąd błędnej konkluzji wyrażającej w tej części uzasadnienia, która dotyczyła treści § 12 umowy o której mowa wyżej, a wyraża się cytatem: „[...] zastosowane w umowie ogólne określenie „opóźnienie” jest opóźnieniem z dowolnej przyczyny, ergo również z przyczyny leżącej po stronie pozwanej, powódka byłaby zobowiązana do płacenia kary umownej (w maksymalnej wysokości wynoszącej 54.659,60 zł) przy zaistnieniu przyczyny leżącej tylko i wyłącznie po stronie jej kontrahenta tj. pozwanej (...) S.A.”

c) błędne przyjęcie przez Sąd pierwszej instancji, iż ma on uprawnienie do samodzielnego orzeczenia w zakresie ustalenia, które z robót opóźniły się i wynikiem czego opóźnienie było opóźnienie w wykonaniu prac przez powoda.

W oparciu o powyższe zarzuty (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. wniosła o uchylenie wyroku w zaskarżonym apelacją zakresie i przekazanie sprawy w tej części do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji z pozostawieniem mu rozstrzygnięcia o kosztach postępowania za obie instancje, ewentualnie o zmianę wyroku z dnia 31 lipca 2014 roku w zaskarżonej części i oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje na rzecz pozwanej Spółki (...).

(...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. wniosł o oddalenie obu apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje jako nieuzasadnione podlegały oddaleniu.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy w Łodzi w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Z uwagi na wniesienie przez każdego z pozwanych apelacji opartych o inne podstawy w niniejszym uzasadnieniu odrębnie dla apelacji złożonej przez inwestora i odrębnie dla apelacji wniesionej przez generalnego wykonawcę.

I. Apelacja (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w O.

Inwestor we wniesionej apelacji zarzucił rozstrzygnięciu obrazę enumeratywnie wskazanych przepisów prawa materialnego polegającą na orzeczeniu solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą, mimo iż nie zostały spełnione przesłanki tej odpowiedzialności, a w szczególności inwestor nie wyraził zgody na zawarcie umowy podwykonawczej przez powódkę i generalnego wykonawcę oraz błąd w ustaleniach faktycznych polegający na ustaleniu, że inwestor znał treść umowy podwykonawczej. W istocie powyższe zarzuty są sprzeczne z treścią uzasadnienia zaskarżonego wyroku, albowiem Sąd I instancji wskazuje, iż inwestor jedynie w sposób dorozumiany zaakceptował obecności powoda, jako podwykonawcy na placu budowy i wbrew wywodom skarżącego nie przyjął, iż została mu udostępniona umowa podwykonawcza. Jak się wydaje wynika to z niezrozumienia przyjętej podstawy rozstrzygnięcia. Z tych względów należy ponownie stwierdzić, iż treści regulacji zawartej w art. 647¹ k.c. wynika, że zakres robót powierzonych podwykonawcy musi wynikać z umowy zawartej przez wykonawcę z inwestorem, zawarcie umowy z podwykonawcą wymaga zgody inwestora, umowy z podwykonawcą i dalszym podwykonawcą wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności, zaś odpowiedzialność solidarna inwestora za zapłatę należnego podwykonawcy wynagrodzenia uzależniona jest od spełnienia przesłanek wskazanych w art. 647¹ § 2 k.c., a więc wyrażenia przez inwestora zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą. Przedmiotowy przepis jest specyficzną konstrukcją prawną stworzoną na potrzeby umowy o roboty budowlane i jako regulacja szczególna wyłącza stosowanie normy ogólnej ujętej w art. 63 § 2 k.c. Art. 647¹ § 2 k.c. reguluje jedynie przesłanki konieczne do przypisania milczeniu inwestora określonego w tym przepisie znaczenia i nie ma podstaw do rozszerzania tych wymagań na wypadki, gdy zgoda inwestora jest przez niego wyrażana w sposób czynny. Wówczas bowiem, co wynika z art. 60 k.c. zgoda inwestora może być wyrażona w każdy sposób manifestujący jego wolę akceptacji umowy zawartej z podwykonawcą. W tym stanie rzeczy zgoda inwestora, wyrażona na zawarcie umowy wykonawcy z podwykonawcą w sposób dorozumiany czynny, jest skuteczna, gdy dotyczy konkretnej 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 (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 kwietnia 2008 r. V CSK 492/07, uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2008 r. III CZP 6/08, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r. II CSK 210/10). Przepis art. 647¹ § 2 k.c. nie uzależnia odpowiedzialności inwestora od przedłożenia mu dokumentacji, jeśli wyraża on w sposób czynny zgodę na udział podwykonawcy w realizacji inwestycji w szczególności, gdy toleruje obecności podwykonawcy na placu budowy, odbiera wykonane przez niego roboty, czy dokonuje z nim innych czynności. Ustawodawca racjonalnie zatem zakłada, że jeżeli inwestor zgodę wyraża w sposób czynny, to wie co robi i zbędne są jakiś dodatkowy elementy ochrony jego statusu. W przypadku zgody czynnej (dorozumianej) nie zachodzi uzależnienie odpowiedzialności inwestora od przedłożenia mu umowy, czy dokumentacji wykonawczej (patrz: uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2008 roku, III CZP 6/08; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 roku, III CSK 152/10). Prawidłowe w tej kwestii ustalenia i wywody prawne Sądu I instancji nie zostały skutecznie podważone przez (...) Spółkę Akcyjną z siedzibą w O., którego argumentacja przedstawiona w apelacji stanowiła powtórkę dotychczasowego stanowiska procesowego. Skarżąca nie kwestionuje bowiem faktu, iż przesłuchana w charakterze świadka K. B., inżynier budownictwa, działająca jako stały przedstawiciel inwestora na budowie potwierdziła, iż pracownicy powoda wykonywali roboty w firmowych kombinezonach w kolorze granatowym oznaczonych logo firmy, a ich prace polegały na montażu aluminiowych sufitów. Trudno też nie przyznać racji argumentom przedstawionym obszernie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż realizacja budowy Areny

O. Centrum T.-Konferencyjnego Warmii i M. w O. była dużym przedsięwzięciem budowlanym, które wymagało zatrudnienia wielu specjalistycznych firm do wykonania poszczególnych prac. O tym fakcie musiał wiedzieć inwestor, który w umowie z wykonawcą generalnie zastrzegł, iż (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. wykona wszystkie roboty bez udziału podwykonawców. Przedmiotowe zastrzeżenie miało iluzoryczny charakter, gdyż fakt realizacji prac przez wielu podwykonawców był powszechnie znany, co jednoznacznie wynika z zebranego materiału dowodowego. W tej sytuacji profesjonalny inwestor winien ustalić kto i jakie prace w obiekcie przez niego wznoszonym wykonuje, a czynności tych z sobie wiadomych przyczyn (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w O. zaniechała. Obowiązek ten wynikał wprost z art. 355 § 2 k.c., który reguluje szczególną staranność obowiązującą przedsiębiorców w zakresie ich działalności. Ponadto skarżąca na mocy umowy cesji dokonała zapłaty na rzecz powoda kwoty 122.057,10 złotych na poczet wystawionej przez powoda faktury VAT nr (...) zaś faktura dotyczyła wykonania sufitów rastrowych, co pozwalało jej na zapoznanie się ceną tych prac.

Art. 647¹ został wprowadzony ustawą z dnia 14 lutego 2003 roku o zmianie ustawy kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw /Dz. U. Nr 49, poz. 408/, która weszła w życie w dniu 24 kwietnia 2003 roku. Z zawartych w uzasadnieniu projektu tej ustawy motywów wynika, iż celem powyższej regulacji była potrzeba zapewnienia ochrony małym i średnim przedsiębiorcom, którzy występując w charakterze podwykonawców robót budowlanych byli dotknięci konsekwencjami finansowymi negatywnego zjawiska występującego dość często na tym segmencie rynku w postaci braku lub nie terminowej zapłaty przez zamawiających za wykonane prace. Temu zjawisku ma przeciwdziałać ustanowienie solidarnej odpowiedzialności inwestora za zobowiązania wykonawcy z tytułu zapłaty ceny za wykonanie robót zrealizowanych przez podwykonawcę. Powstająca z mocy prawa odpowiedzialność solidarna inwestora jest odpowiedzialnością o charakterze gwarancyjnym za cudzy dług, stanowiąc równocześnie odstępstwo od reguły, że wzajemnie odpowiedzialne są tylko podmioty związane wykreowanym przez siebie węzłem obligacyjnym (patrz m.in.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2011 roku, sygn. IV CSK 293/10 Lex nr 1111016).

W orzecznictwie prezentowane jest stanowisko, że „wystarczającym zabezpieczeniem interesów inwestora jest jego wiedza o przedmiocie i potrzebach realizacyjnych inwestycji, a także taka dbałość o własne interesy, jakiej można oczekiwać od przeciętnego uczestnika procesu inwestycyjnego. Aczkolwiek wykonawca nie ma obowiązku przedstawienia umowy i dokumentacji, to inwestora chroni możliwość zarówno sprzeciwu co do zawarcia umowy, jak i żądania wyjaśnień co do osoby (firmy) podwykonawcy, przedstawienia umowy lub jej projektu lub wskazania jej istotnych postanowień co do zakresu robót i wynagrodzenia. Inwestor nie musi korzystać z uprawnienia do wglądu w dokumentację albo żądania przedstawienia umowy - może z niego zrezygnować i wyrazić zgodę mimo braku wiedzy w tym zakresie” (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2014 r., V CSK 124/13; LEX nr 1428996). Skoro zatem pozwana (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w O., ani nie domagała się wyjaśnień od generalnego wykonawcy dotyczących podwykonawcy o którego istnieniu wiedziała, ani też nie zgłosiła sprzeciwu przeciwko realizacji przez niego prac, prawidłowe było przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że w sposób dorozumiany inwestor wyraził zgodę na zawarcie umowy pomiędzy (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w S., a powodem jako podwykonawcą, co czyni apelację bezzasadną i potwierdza istnienie solidarnej odpowiedzialności Spółki (...) opartej o art. 647¹ § 5 k.c.

II. Apelacja (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w S.

Apelacja Spółki (...) w istocie opiera się na zarzucie braku uwzględnienia przez Sąd Okręgowy podniesionego w toku postępowania zarzutu potrącenia kwoty 54.659,60 złotych tytułem naliczonych zgodnie z umową z dnia 16 kwietnia 2012 roku kar umownych za opóźnienie w wykonaniu prac.

Podstawy apelacji są częściowo zasadne, ale nie w takim stopniu by wpływały na rozstrzygnięcie zawarte w wyroku z dnia 31 lipca 2014 roku.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż pozwana w niniejszej sprawie wniosła w dniu 24 grudnia 2012 roku sprzeciw od wydanego nakazu zapłaty w którym nie przedstawiła do potrącenia kwoty 54.659,60 złotych, natomiast wskazała, iż ponieważ inwestor nie dokonał odbioru końcowego robót istnieje uzasadniona obawa, iż w trakcie ewentualnego odbioru może zakwestionować jakość prac i dlatego roszczenia powoda nie powinny zostać uwzględnione. Treść

sprzeciwu w jakikolwiek sposób nie odwołuje się do ewentualnego opóźnienia w realizacji prac przez wykonawcę. Pamiętać należy, iż obiekt Areny O. Centrum T.-Konferencyjnego Warmii i M. w O. został oddany do eksploatacji na początku września 2012 roku, a zatem w chwili składania sprzeciwu pozwana z całą pewnością winna mieć wiedzę o potencjalnym opóźnieniu stanowiącym podstawę naliczenia kar umownych i ich wysokości. Zarzut potrącenia został zgłoszony dopiero w piśmie procesowym z dnia 2 września 2013 roku, a zatem po upływie ponad ośmiu miesięcy od wniesienia sprzeciwu i nie wskazuje podstaw dla których nie został zgłoszony w sprzeciwie. Okoliczności tej nie zmienia fakt, iż oświadczenie o potrąceniu zostało złożone pozwanemu w toku sporu, to jest w dniu 8 marca 2013 roku skoro dopiero 2 września 2013 roku okoliczność ta została ujawniona przez Spółkę (...).

Zgodnie z art. 503 § 1 k.p.c. pozwana winna w sprzeciwie przedstawić zarzuty, które pod rygorem ich utraty należy zgłosić przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy, natomiast inne zarzuty, zwłaszcza merytoryczne, które wynikają z twierdzeń o faktach, podlegają uwzględnieniu, mimo że strona nie zgłosiła ich wcześniej, jeżeli uprawdopodobni, że stało się to bez jej winy lub jeżeli ich uwzględnienie nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy lub przemawiają za tym inne wyjątkowe okoliczności. W sprzeciwie od nakazu zapłaty powinny być przedstawione wszystkie okoliczności faktyczne i dowody na ich poparcie, związane z zarzutami przeciwko żądaniu pozwu i sposobem obrony. W postępowaniu po wniesieniu sprzeciwu powoływanie przez strony nowych twierdzeń i dowodów podlega podobnym ograniczeniom jak w postępowaniu rozpoznawczym (art. 217 § 2 k.p.c.). Artykuł 503 § 1 stanowi w tym zakresie regulację szczególną w zakresie, w którym przewiduje pominięcie przez sąd twierdzeń i dowodów, których pozwany nie powołał w sprzeciwie od nakazu zapłaty. Obowiązek zgłoszenia przez pozwanego do tego czasu twierdzeń i dowodów został ukształtowany podobnie jak obowiązek pozwanego przy złożeniu odpowiedzi na pozew co zostało uregulowane w art. 207 § 6 k.p.c. W konsekwencji powyższych rozważań uznać należy, iż powyższy zarzut winien zostać pominięty, albowiem badanie zasadności naliczenia kar umownych przedłużało toczące się postępowanie.

Apelujący zasadnie twierdzi, iż Sąd I instancji niewłaściwie odniósł się do dopuszczalności poczynienia umownego zastrzeżenia kary umownej na wypadek opóźnienia w wykonaniu robót w istocie zrównując opóźnienie z ze zwłoką, a zatem zachowaniem zawinionym przez powoda. Z teoretycznego punktu widzenia stanowisko skarżącego w tym zakresie jest zasadne. W świetle przepisów kodeksu cywilnego kara umowna ma przede wszystkim funkcję kompensacyjną. Przejawia się ona w tym, że kara umowna stanowi dla wierzyciela surogat odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Mimo, iż wystąpienie szkody nie jest warunkiem dochodzenia kary umownej, postuluje się by strony, ustalając wysokość kary brały pod uwagę jej zasadniczo kompensacyjny charakter. Ważnym zadaniem kary umownej jest też zabezpieczenie wykonania zobowiązania, tym samym zwiększenie realności jego wykonania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Takie oddziaływanie można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem jej zastrzeżenie ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Prawidłowa wykładnia art. 471 k.c., art. 483 § 1 k.c. i 498 § 1 k.c. – w związku zarzutami i twierdzeniami obu stron – wymagała zatem od Sądu pierwszej instancji- ustalenia istnienia wierzytelności z tytułu kar umownych w dacie jej zgłoszenia do potrącenia z dochodzoną przez powódkę bezsporną wierzytelnością, opóźnienia w wykonaniu tych robót, jego okresu, jak również ustalenia okoliczności, które spowodowały niewykonanie zobowiązania w terminie, a także za które z nich wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Nie ulega wątpliwości, że w granicach swobody kontraktowej (art. 353¹ k.c., 473 § 1 k.c.) strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania. Jak się przyjmuje w orzecznictwie i piśmiennictwie, od kary umownej odróżnić należy dopuszczalne zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym, nakładające obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania (niewłaściwego wykonania) zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 r., II CSK 331/12, LEX nr 1293724). Taki charakter będzie miało postanowienie umowne w brzmieniu "za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy ". Kara umowna przewidziana w § 12 ust. 1 a) umowy z dnia 16 kwietnia 2012 roku nie ma jednak takiego charakteru. Wskazana regulacja nie może być bowiem interpretowana w oderwaniu od pozostałych postanowień umowy, która w § 13 określa, iż kary umowne za opóźnienie w istocie zaliczane są na poczet potencjalnego odszkodowania, a zatem same strony potwierdziły, ich kompensacyjny charakter. Skoro zatem kara umowna zastrzeżona przez strony za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy jest zaliczana na poczet należnego

odszkodowania, stanowi zatem postać kary umownej za nienależyte wykonanie zobowiązania. Tym samym Sąd I instancji zasadnie uznał, iż obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie w realiach niniejszej sprawy powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

W świetle ustalonych przez Sąd Okręgowy okoliczności faktycznych na pełną aprobatę zasługuje – w ocenie Sądu Apelacyjnego - konkluzja tego Sądu, że na przebieg realizacji robót miały wpływ wykazane w sprawie zdarzenia i że opóźnienie nastąpiło z przyczyn, za które strona powodowa nie ponosi odpowiedzialności. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazano jednoznacznie w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, iż powódka nie mogła dotrzymać umownego terminu wykonania robót z uwagi na opóźnienia robotach ogólnobudowlanych i instalacyjnych, które musiały zostać zakończone przed rozpoczęciem montażu sufitów, a wykonanie terminowo tych prac odpowiedzialność ponosiła Spółka (...). Poczynione przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne w tym zakresie znajdują oparcie w wynikach przeprowadzonego postępowania dowodowego, a dokonana przez ten Sąd ocena dowodów nie przekracza granic swobodnej oceny wskazanych w art. 233 § 1 k.p.c. Trudno w tym zakresie odnieść się do zawartych w apelacji twierdzeń o przekroczeniu granicy swobodnej oceny dowodów, pominięciu wyjaśnień i ustaleń istotnych dla sprawy. W istocie bowiem postawienie zarzutu obrazu art. 233 § 1 k.p.c. nie może polegać na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego przyjętego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów. Skarżący może tylko wykazywać, posługując się wyłącznie argumentami jurystycznymi, że Sąd rażąco naruszył ustanowione w wymienionym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2000 r., I CKN 1169/99, OSNC 2000/7-8 poz. 139; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000, OSNC 2000/10 poz. 189). Jeżeli zatem z materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dawały się wysnuć wnioski odmienne.

Analizując materiał dowodowy sprawy Sąd Apelacyjny dostrzegł także, iż w § 12 umowy z dnia 16 kwietnia 2012 roku zawartej pomiędzy powodem, a (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w S. przewidziano kary umowne przy czym kary umowne jakie miał ponieść podwykonawca dotyczyły opóźnienia w wykonaniu określonych czynności, zaś kara umowna dla zamawiającego wiązała się z jego zwłoką. Opóźnienie i zwłoka to szczególne przypadki uchybienia w wykonaniu zobowiązania w czasie właściwym, przy czym tylko zwłoka stanowi, w ścisłym sensie, przypadek nienależytego wykonania zobowiązania. Opóźnienie należy zatem odróżnić od zwłoki. Inne są skutki tych dwóch rodzajów niewykonania zobowiązania w terminie. Opóźnienie (inaczej „opóźnienie zwykłe”) ma miejsce wówczas, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia we właściwym czasie z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności (patrz: komentarz do art. 476 k.c., Agnieszka Rzepecka - Gil; LEX 2011 r.). Już sama ta dysproporcja podstaw odpowiedzialności z tytułu kar umownych narusza zasadę równości stron i art. 353¹ k.c. Umowy obligacyjne naruszają bowiem zasady współżycia społecznego, jeśli kształtują prawa i obowiązki stron stosunku w sposób nieodpowiadający słuszości kontraktowej. W szczególności będą to umowy sprzeciwiające się regułom uczciwości i rzetelności profesjonalnej oraz kontrakty rażąco nierównoważnie kształtujące wzajemne prawa i obowiązki (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 stycznia 1976 r., I CR 713/75, LEX nr 7787; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 1980 r., II CR 464/79, OSN 1980, nr 7–8, poz. 145; uchwała Sądu Najwyższego (7) z dnia 22 maja 1991 r., III CZP 15/91, OSN 1992, nr 1, poz. 1; uchwała Sądu Najwyższego (7) z dnia 6 marca 1992 r., III CZP 141/91, OSN 1992, nr 6, poz. 90; uchwała Sądu Najwyższego (7) z dnia 17 września 1992 r., OSN 1993, nr 3, poz. 24; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2003 r., III CKN 579/01, OSN 2004, nr 10, poz. 167; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2004 r., V CK 670/03, OSN 2005, nr 9, poz. 162; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2005 r., II CK 739/04, LEX nr 180871). Przekroczenie którejkolwiek z granic swobody umów oznacza więc nieważność całej umowy, jako sprzecznej z ustawą, a jeżeli przekroczenie zakresu kompetencji podmiotu dotyczyło tylko części umowy, wówczas czynność jest ważna w pozostałej części, chyba że bez postanowień dotkniętych nieważnością umowa nie zostałaby dokonana (art. 58 § 3 k.c.). Nieważnością zatem dotknięty jest § 12 umowy z 16 kwietnia 2012 roku określający nierównoważne podstawy odpowiedzialności stron z tytułu kar umownych.

Przyjmując nawet, że wyżej wskazane postanowienie umowne jest ważne - co w ocenie Sądu Apelacyjnego nie zachodzi - to uznać należy, że realizacja uprawnienia Spółki (...) do naliczenia kary nastąpiła w takich okolicznościach faktycznych, które wykluczają istnienie po jej stronie prawa podmiotowego objętego zgłoszonym w piśmie procesowym z dnia 2 września 2013 roku zarzutem potrącenia. w pozwie roszczeniem procesowym. Sąd Apelacyjny uznaje bowiem, iż naliczenie kar umownych przez generalnego wykonawcę w niniejszej sprawie stanowi nadużycie prawa podmiotowego, w rozumieniu art. 5 k.c. Jak wynika z niekwestionowanych ustaleń faktycznych Sądu I instancji prace powoda zostały wykonane w całości i bezusterkowo, choć strony do chwili obecnej nie podpisały protokołu ich odbioru. Obiekt Areny O. Centrum T.-Konferencyjnego Warmii i M. w O. został przekazany inwestorowi i oddany do eksploatacji na początku września 2012 roku, a dopiero w maju 2013 roku inwestor i generalny wykonawca podpisali protokół jego odbioru, co było realizacją ugody sądowej zawartej przez te podmioty w lutym 2013 roku, mocą której doszło do obniżenia wynagrodzenia generalnego wykonawcy w stosunku do wynagrodzenia określonego umową z dnia 27 września 2011 roku. Pozew w niniejszej sprawie został wniesiony w dniu 22 października 2012 roku, zaś kara umowna za opóźnienie została naliczona w oświadczeniu o potrąceniu z dnia 8 marca 2013 roku, które zostało doręczone powodowi pod koniec marca 2013 roku, zaś zgłoszenie potrącenia w procesie nastąpiło w piśmie z dnia 2 września 2013 roku. Kara umowna w wysokości 54.659,60 złotych została naliczona po upływie 6 miesięcy od oddania obiektu do użytkowania i po doręczeniu Spółce (...) pozwu w niniejszej sprawie, w której powód żąda zapłaty bezspornego wynagrodzenia za wykonane prace. Działanie Spółki (...) stanowi zatem oczywistą retorsję i w oczywisty sposób nie realizuje żadnej z funkcji kary umownej, ma jedynie na celu uzyskanie przez powoda dodatkowego przysporzenia, co jak się wydaje ma zrekompensować obniżenie wynagrodzenia generalnego wykonawcy na mocy ugody z inwestorem. Postępowanie generalnego wykonawcy narusza zasady lojalności kontraktowej i uczciwości kupieckiej, niezależnie od tego czy opóźnienie prac powoda miało miejsce. Zasadnie wskazał Sąd I instancji, iż w rozumieniu wykonawcy w istocie kara umowna za opóźnienie wykonaniu robót była swoistym bonusem, który podwykonawca winien zapłacić niezależnie od przyczyny opóźnienia. Przy takim rozumowaniu w istocie (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. z natury rzeczy winna być zainteresowana w utrudnianiu, czy uniemożliwianiu realizacji prac powoda, bo wówczas po stronie tego przedsiębiorcy powstawało roszczenie o zapłatę kary umownej. Taka jednak interpretacja w ocenie Sądu Apelacyjnego stanowi naruszenie prawa podmiotowego w rozumieniu art. 5 k.c. i nie zasługuje na ochronę.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił obie apelacje jako bezzasadne, zaś w oparciu o przepisy art. 98 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. i zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, zasądził solidarnie od pozwanych na rzecz strony powodowej kwotę 2.700,00 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym. Wysokość przedmiotowych kosztów jest zgodna z § 6 pkt 6 w związku z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego działającego z urzędu /Dz. U. z 2002 r., nr 163, poz. 1349 ze zm./.