

*Sygn. akt VI ACa 231/15*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 10 maja 2016 r.*

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

*Przewodniczący – Sędzia SA Aldona Wapińska*

*Sędziowie: SA Marcin Łochowski*

*SO (del.) Tomasz Szanciło (spr.)*

*Protokolant: st. sekr. sądowy Magdalena Męczkowska*

*po rozpoznaniu w dniu 10 maja 2016 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) spółki akcyjnej w W.*

*przeciwko Skarbowi Państwa - (...)*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji powoda*

*od wyroku częściowego Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 18 września 2014 r.*

*sygn. akt IV C 234/12*

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

**1) w punkcie pierwszym zasądza od Skarbu Państwa – (...) na rzecz (...) spółki akcyjnej w W. kwotę 586.560 zł (pięćset osiemdziesiąt sześć tysięcy pięćset sześćdziesiąt złotych) wraz z:**

**a) ustawowymi odsetkami od kwot:**

**- 527.520 zł – od dnia 22 września 2011 r. do dnia 31 grudnia 2015 r.,**

**- 59.040 zł – od dnia 5 listopada 2011 r. do dnia 31 grudnia 2015 r.**

**b) ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwoty 586.560 zł od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty,**

**2) w punkcie drugim zasądza od Skarbu Państwa – (...) na rzecz (...) spółki akcyjnej w W. kwotę 36.545 zł (trzydzieści sześć tysięcy pięćset czterdzieści pięć złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;**

**II. oddala apelację w pozostałym zakresie;**

**III. zasądza od Skarbu Państwa – (...) na rzecz (...) spółki akcyjnej w W. kwotę 34.728 zł (trzydzieści cztery tysiące siedemset dwadzieścia osiem złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

**Sygn. akt VI ACa 231/15**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem częściowym z dnia 18.09.2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział (...), w sprawie IV C 234/12, oddalił powództwo (...) spółka akcyjna w W. (dalej: (...)) o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa – (...) w W. kwoty 586.560 zł wraz z ustawowymi odsetkami i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 26.04.2010 roku powód i jeden z pozwanych, (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej: (...)), zawarli umowę nr (...) (dalej: umowa nr (...)), w ramach której (...), z uwagi na umowę nr (...) zawartą z Urzędem (...), zlecił prace dotyczące przebudowy i rozbudowy budynku biurowego położonego w W. przy ul. (...) w W.. Termin realizacji wykonania umowy ustalono na dzień 16.07.2010 r., a ryczałtowe wynagrodzenie na kwotę 3.940.000 zł + VAT. W dniu 2.12.2010 r. (...) i (...) zawarły umowę nr (...) (dalej: umowa nr (...)) na wykonanie dodatkowych prac, przedmiotem której były: dodatkowe systemy napowietrzania, zmiana w systemie instalacji wentylacji mechanicznej, zmiany w instalacji wody lodowej i ciepła technologicznego. Termin realizacji tej umowy strony ustaliły na dzień 31.12.2010 r., zaś ryczałtowe wynagrodzenie na kwotę 480.000 zł + VAT.

W trakcie wykonywania umowy nr (...), podczas prowadzenia przez pracowników powoda prac montażowych i wykonywania prób ciśnieniowych z użyciem wody w instalacji ciepła technologicznego, doszło do zalań w dniach 13.01.2011 r., 29 i 30.03.2011 r. oraz 12.04.2011 r., w wyniku czego doszło do wycieku znacznej ilości wody na strop kondygnacji od 6 do 1 piętra. Zniszczone zostały elementy ścian, sufitów i podłóg, które spowodowały opóźnienie prac głównych. Naprawa zniszczeń wymagała kolejnych zamówień materiałów i wykonania prac oraz czasu niezbędnego do wysuszenia ścian, sufitów tynków, podłóg na kilku piętrach. Powód nie wykonywał prac związanych z usuwaniem skutków zalań, a pokrywał je pozwany. Usunięcia skutków zalań trwały około dwóch tygodni i miały wpływ na termin ukończenia prac.

(...) kilkakrotnie wzywał powoda pismami do podjęcia działań naprawczych w związku z niewystarczającym postępem robót, w celu nadrobienia opóźnień, zakończenia prac oraz przystąpienia do rozruchów poszczególnych systemów, poprzez zwiększenie ilości pracowników, wprowadzenie dwuzmianowego systemu pracy, wskazując, że w przeciwnym przypadku będzie zmuszony do naliczenia kar umownych za przekroczenie terminu zakończenia robót wynikających z umów nr (...) i (...). Ostatecznie prace zostały wykonane z opóźnieniem – zakończyły się w sierpniu 2011 r. W protokołach odbioru robót z dnia 5.08.2011 r. wskazano szereg usterek do usunięcia spowodowanych również działaniem powoda. Prace dodatkowe zostały zrealizowane bez zamawiania przez Komisję Nadzoru Finansowego (dalej: (...)).

Pismami z dnia 11.05.2011 r. (...) jako generalny wykonawca, zgłosił (...) jako podwykonawcę z zakresu prac związanych z inwestycją, realizowanych na podstawie umów nr (...). (...) otrzymał te pisma w dniu 24.05.2011 r. i nie zgłosił na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń do powyższych zgłoszeń.

Powód wezwał pozwanych do zapłaty należności z obydwu umów. Jednak (...) pismem z dnia 10.11.2011 r. wezwał (...) do zapłaty kwoty 453.040 zł tytułem kar umownych za zwłokę w wykonaniu umów nr (...) i kwoty 989.808 zł tytułem odszkodowania za szkody poniesione przez (...) w wyniku zalań i naliczenia kar umownych przez (...).

Postanowieniem z dnia 13.06.2013 r. została ogłoszona upadłość (...) obejmująca likwidację majątku dłużnika, co skutkowało zawieszeniem postępowanie w stosunku do tej spółki postanowieniem z dnia 8.07.2013 r.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy wskazał, że powód dochodził od pozwanych solidarnie zapłaty kwot z tytułu wykonania umowy nr (...): 468.480 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 11.04.2011 r. – z fv nr

(...) z dnia 13.01.2011 r., 59.040 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 11.04.2011 r. – z fv nr (...) z dnia 7.02.2011 r. i 59.040 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13.10.2011 r. – z fv nr (...) z dnia 9.09.2011 r. Umowy łączące strony były umowami o roboty budowlane, do których zastosowanie znajdował art. 6471 k.c. Pozwany dopiero pismami z dnia 11.05.2011 r., otrzymanymi w dniu 24.05.2011 r., uzyskał wiedzę, co do osoby podwykonawcy, faktu zawarcia z nim umowy oraz jej treści, tj. po wykonaniu większości prac objętych umowami nr (...).

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Chociaż opóźnienie i zwłoka to szczególne przypadki uchybienia w wykonaniu zobowiązania w czasie właściwym, to tylko zwłoka stanowi, w ścisłym sensie, przypadek nienależytego wykonania zobowiązania. Dla zaistnienia obowiązku zapłaty kary umownej niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek pozytywnych, tj. istnienie skutecznego postanowienia umownego, z którego wynika obowiązek świadczenia kary umownej i niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania lub pojedynczego obowiązku, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, ale także niezastąpienie żadnej z przesłanek negatywnych.

Bezspornym było, że nastąpiło opóźnienie w realizacji prac wynikających z umowy nr (...), ale sporne między stronami były przyczyny późniejszego zakończenia realizacji przedmiotowej inwestycji, tj. czy powód nie spełnił świadczenia we właściwym czasie z przyczyn, za które ponosił odpowiedzialność. Jest to istotne, gdyż zgodnie z § 8 ust. 2 lit. a umowy nr (...) zleceniobiorca miał zapłacić zleceniodawcy karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki względem terminu końcowego określonego w umowie, lecz nie więcej niż 10 % wartości zlecenia. Ciężar udowodnienia braku winy za realizację umowy z opóźnieniem spoczywał na powodzie (art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c.).

W ocenie Sądu Okręgowego materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwolił na przyjęcie, że powód nie wykazał zasadności roszczenia określonego w pozwie, bowiem nie udowodnił, iż przyczyny opóźnienia realizacji inwestycji nie leżały po jego stronie. Z dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy wynika, że pozwany (...) kilkakrotnie wzywał powoda do podjęcia działań naprawczych w związku z niewystarczającym postępem robót wynikającego z harmonogramu prac, wzywał do zwiększenia ilości pracowników i wprowadzenia dwuzmianowego systemu pracy. Także świadkowie potwierdzili, że powód otrzymywał wskazówki zarówno na budowie, jak i e-mailowo, aby przyspieszył tempo prac. Ponadto z winy strony powodowej doszło kilka razy do zalań wodą kilku kondygnacji budynku, tj. sufitów, ścian i podłóg. Zeznania świadków w tym zakresie nie pokrywały się i nie były jednoznaczne, gdyż świadkowie strony pozwanej potwierdzili, że prace naprawcze związane z usuwaniem skutków zalań miały również wpływ na opóźnienie całej budowy, a na pewno nie przyspieszały dokonania głównych prac, chociażby z tego powodu, iż należało poczekać aż ściany budynku wyschną, a następnie trzeba było ponownie wykonać te same prace. Natomiast świadkowie strony powodowej zgodnie wskazywali, że opóźnienia w realizacji przedmiotowej umowy nie wynikały z winy powoda, ale z opóźnień innych poprzedzających prac, bez wykonania których powód nie mógłby „wejść na budowę”, nieprawidłowej dokumentacji, która nie zgadzała się ze stanem rzeczywistym oraz z podpisywaniem protokołów przerobowych i komunikacją. Ponadto świadkowie wskazywali, że główną przyczyną opóźnień był brak płynności finansowej, tj. brak rozliczeń z wykonawcami. Niemniej powód winien był jednoznacznie wykazać brak swojej winy w zakresie zaistniałych opóźnień i bezzasadność naliczenia kar umownych, co byłoby możliwe przez przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego do spraw budowlanych. Jednak powód takiego dowodu nie zgłosił, a nawet sprzeciwił się takiemu wnioskowi zgłoszonemu przez (...). Poza tym zastosowanie miał art. 651 k.c., a brak jest jakiegokolwiek pisma do inwestora i głównego wykonawcy co do zastrzeżeń w sprawie opóźnienia w rozpoczęciu prac.

Ponieważ pozwany wykazał, że zgodnie z umową mógł naliczyć kary umowne za opóźnienie w wykonaniu umowy, a wykonane prace miały usterki, zaś powód nie udowodnił braku zasadności naliczenia przez (...) kar umownych wynikających z nieterminowego i nieprawidłowego wykonania robót objętych umowami nr (...), to zarzut potrącenia zgłoszony przez pozwanego został wykazany, zgodnie z art. 498 k.c.

Odnośnie do zapłaty dochodzonego roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia należało ściśle wykazać, w jakim zakresie pozwany został wzbogacony czego powód również nie wykazał, a co było podnoszone w pismach procesowych strony pozwanej.

Apelację od powyższego wyroku w całości wniósł powód (...), zarzucając naruszenie:

I. przepisów prawa materialnego, tj.:

1) art. 405 w zw. z art. 410 § 1 k.c. poprzez ich niezastosowanie, podczas gdy w okolicznościach niniejszej sprawy bezspornym jest, że powoda i Skarb Państwa – (...) nie łączył żaden stosunek umowny, zaś powód wykonał na rzecz (...) roboty budowlane, w związku z czym (...) uzyskała korzyść majątkową kosztem powoda, co zaktualizowało obowiązek (...) zwrotu wartości uzyskanej korzyści; w związku z tym na podstawie art. 368 § 1 pkt 4 k.p.c. wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa na okoliczność wysokości korzyści majątkowej uzyskanej przez (...) w postaci wartości robót budowlanych wykonanych przez (...) na podstawie umowy nr (...), jako że potrzeba powołania tego dowodu wynika z treści uzasadnienia wyroku, w którym Sąd I instancji podniósł, że powód nie wykazał, w jakim zakresie (...) została wzbogacona działaniami powoda;

2) art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy w okolicznościach niniejszej sprawy bezspornym jest, że spółka wykonała roboty budowlane wynikające z umowy nr (...), zaś (...) jako inwestor oraz (...) jako główny wykonawca nie zaspokoili roszczeń powoda dochodzonych w niniejszym postępowaniu;

II. naruszenie przepisów postępowania, tj.:

1) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wybiórczą i dowolną interpretację zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego polegającą na przyjęciu, że:

- opóźnienie w wykonaniu prac wynikających z umowy nr (...) wynikało z przyczyn, za które powód ponosi odpowiedzialność, podczas gdy dokumentacja zebrana w sprawie, jak również zeznania świadków wskazują, że brak udostępnienia frontu robót przez (...) był jedyną przyczyną opóźnienia,

- (...) dopiero pismami z dnia 11.05.2011 r. uzyskała wiedzę co do osoby podwykonawcy, faktu zawarcia umowy nr (...) i jej treści, podczas gdy z dokumentacji budowlanej wynika, że (...) miała już w październiku 2010 r. świadomość konieczności wykonania przez powoda robót dodatkowych objętych tą umową, przedstawiciele (...) uczestniczyli w naradach koordynacyjnych i byli na bieżąco informowani o zakresie robót wykonywanych przez (...),

- zabrakło dowodu wskazującego na konieczność zawarcia umowy nr (...), stanowiącej aneks do umowy nr (...), podczas gdy z dokumentacji budowlanej dołączonej przez (...) wynika, że roboty budowlane wchodzące w zakres umowy nr (...) były niezbędne dla wykonania przedmiotu umowy nr (...),

- powód nie zawiadomił w jakikolwiek sposób (...) o niemożności rozpoczęcia w terminie wykonania robót wynikających z umowy nr (...), podczas gdy z dokumentacji budowlanej dołączonej przez (...) wynika, że przedstawiciele powoda informowali przedstawicieli inwestora i głównego wykonawcy o niemożności rozpoczęcia w terminie robót z uwagi na brak udostępnienia frontu robót przez (...);

2) art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność przyczyn powstania opóźnienia przy wykonywaniu umowy nr (...), mimo przyjęcia przez Sąd I instancji, że przeprowadzenie takiego dowodu jest niezbędne dla wyjaśnienia okoliczności faktycznych sprawy, co doprowadziło do uznania, że powód nie udowodnił swojego braku winy przy powstaniu opóźnienia.

Wskazując na te zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości przez uwzględnienie powództwa, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, a także o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego kosztów procesu za obie instancje.

W uzasadnieniu apelacji wskazano, że pismem procesowym z dnia 5.09.2013 r. powód sprecyzował podstawę prawną dochodzonego w stosunku do (...) roszczenia, wskazując na kodeksowe przepisy dotyczące nienależnego świadczenia. Zatem Sąd I instancji miał obowiązek rozważyć tę podstawę w świetle okoliczności faktycznych ustalonych w toku procesu, a poświęcił jedynie jedno zdanie (s. 12 uzasadnienia wyroku) bezpodstawnemu wzbogaceniu. Jest to o tyle zdumiewające, że w ślad za tym pismem powód wniósł w piśmie z dnia 11.10.2013 r. o przeprowadzenie dowodów na okoliczności, które mają znaczenie dla oceny, czy (...) jest zobowiązany do zwrotu nienależnie otrzymanego świadczenia, a dowody te zostały przez Sąd I instancji przeprowadzone. Jednak formułując stanowisko, że powód nie wykazał, w jakim zakresie (...) została wzbogacona na skutek robót wykonanych przez spółkę, Sąd I instancji nie odniósł się do żadnych dowodów przeprowadzonych w toku niniejszego postępowania, w szczególności nie wskazał, dlaczego odmówił wiarygodności i mocy dowodowej dokumentom i zeznaniom świadków przedstawionych przez powoda na poparcie roszczenia. Lakoniczność uzasadnienia wyroku w zakresie dotyczącym bezpodstawnego wzbogacenia znacznie utrudnia odczytanie intencji, którymi kierował się Sąd I instancji oddalając powództwo. Tymczasem zgodna z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ocena okoliczności faktycznych ustalonych w toku procesu powinna prowadzić do wniosku, że (...) zobowiązana jest do zwrotu wartości nienależnego świadczenia. Kwestie faktyczne związane z przyczynami opóźnienia w wykonaniu umowy nr (...) i świadomością (...) wykonywania przez powoda robót nie mają znaczenia dla wykazania, czy w niniejszej sprawie doszło do bezpodstawnego wzbogacenia. Na okoliczność wartości robót budowlanych wykonanych przez powoda zeznawał świadek P. M., jak również zostały przedstawione faktury wystawione przez podwykonawców powoda, jednak w przypadku istnienia jakichkolwiek wątpliwości co do wartości przedmiotowych robót, zasadnym jest przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa. W toku realizacji umowy nr (...) ujawniły się rozbieżności pomiędzy programem funkcjonalno-użytkowym a projektem wykonawczym. W konsekwencji „kompleksowe” wykonanie powierzonych powodowi instalacji nie było możliwe bez wykonania prac dodatkowych. Łączne odebranie przedmiotów umów nr (...) i (...) nastąpiło protokołami odbioru końcowego podpisanymi przez powoda i (...) w okresie 20.06-12.08.2011 r. W toku odbioru prac wynikających z umowy nr (...) (...) nie zgłosił jakichkolwiek wad istotnych w zakresie odebranych prac, zaznaczając w protokołach jedynie te uwagi, które w myśl § 6 umowy nr (...) nie miały wpływu na podpisanie protokołów odbioru końcowego. Te uwagi zostały przez powoda uwzględnione, a prace z nimi związane zostały w całości wykonane. Dokonanie odbioru końcowego przedmiotu robót objętych umowami zostało stwierdzone także pismem (...) z dnia 10.11.2011 r., w którym pełnomocnik tej spółki potwierdził fakt oddania tych robót w sierpniu 2011 r., jednocześnie uzależniając potwierdzenie roszczeń (...) wobec (...) od uprzedniej rezygnacji powoda z części należnego mu wynagrodzenia. Zatem zostało udowodnione, że nastąpiło wzbogacenie majątkowe po stronie (...), gdyż ta korzysta z rezultatu robót budowlanych wykonanych przez powoda.

Co więcej, zgodnie z twierdzeniami (...) podnoszonymi w toku procesu, umowa nr (...), jako wykraczająca poza zakres zamówienia publicznego udzielonego w celu wykonania inwestycji, nie może wiązać (...) z uwagi na treść art. 144 ustawy z dnia 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164, dalej: p.z.p.). Zatem i (...) kwestionuje, aby istniała podstawa prawna do dokonania na jej rzecz przysporzenia majątkowego wynikającego z umowy nr (...). W celu wykazania okoliczności mających znaczenie dla zastosowania art. 405 w zw. z art. 410 § 1 k.c., tj. wysokości wzbogacenia (...) i braku świadomości powoda, że (...) nie udzieliła (...) zamówienia publicznego na wykonanie robót objętych umową nr (...), powód wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków P. M. (członka zarządu podwykonawcy powoda w zakresie robót wynikających z umowy nr (...)) i K. K. (2) (pracownik (...) odpowiedzialny za przeprowadzenie inwestycji), a także faktur wystawionych przez podwykonawców, wskazujących na rzeczywiste koszty wykonania umowy nr (...). Sąd I instancji, odnosząc się w uzasadnieniu do zeznań poszczególnych świadków, pominął tę część zeznań P. M., która odnosiła się do kwestii związanych z bezpodstawnym wzbogaceniem.

Sąd I instancji oparł podstawę faktyczną jedynie na części dowodów przeprowadzonych w niniejszym postępowaniu, a dowody te ocenił w sposób niezgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Materiał dowodowy przeczy uznaniu, że opóźnienie wykonania prac wynikało z okoliczności, które obciążają powoda. Nawet pracownik (...), M. G., stwierdził wyraźnie, że przyczyną opóźnienia w wykonywaniu inwestycji był brak płatności (...) na rzecz podwykonawców, co spowodowało, że ci zmniejszyli tempo wykonywania swoich prac, zaś zalegania, które wystąpiły na

budowie, nie miały praktycznie żadnego wpływu na tempo wykonania inwestycji, gdyż główną przyczyną opóźnień była niewypłacalność spółki (...). Również K. J. potwierdził, że (...) nie wywiązywał się ze swoich zobowiązań finansowych wobec podwykonawców, zaś on sam nie miał zastrzeżeń co do zaangażowania powoda w wykonanie umowy nr (...). Te zeznania mają szczególne znaczenie dla sprawy, gdyż świadkowie ci pełnili funkcję kierownika budowy inwestycji, zatem byli osobami najbardziej kompetentnymi do oceny, czy wykonywanie umowy nr (...) przez powoda doprowadziło do opóźnień, a nadto byli pracownikami (...), co zadaje kłam tezie Sądu I instancji, że „świadkowie starali się przedstawić wersje korzystne dla stron, dla których prace wykonywali”. Każdy ze świadków, w tym świadców powołani przez (...), wskazywał, że cała inwestycja była opóźniona. Sąd I instancji w sposób niezgodny z zasadami logiki uznał zatem, że powód nie udowodnił, że opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy nr (...) nie wynikały z okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Zasady doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania wskazują przecież, że wykonanie specjalistycznych instalacji klimatyzacyjnych stanowi końcowy etap inwestycji budowlanej i uzależnione jest od wcześniejszego wykonania przygotowawczych robót budowlanych. Również dokumentacja zebrana w sprawie potwierdza, że przyczyną opóźnienia w wykonaniu umowy nr (...) były wcześniejsze opóźnienia w całej inwestycji. (...) nie udostępnił powodowi frontu robót niezbędnego do wykonania umowy nr (...), co wynikało z braku zakończenia prac przez innych podwykonawców (...), a urządzenia zainstalowane przez powoda były niszczone przez innych wykonawców zatrudnionych na budowie. Dodatkowymi utrudnieniami było nieterminowe dostarczanie przez (...) dokumentacji, od której uzależnione było rozpoczęcie kolejnych etapów prac, a także dokumentacji wykonawczej oraz rozwiązań projektowych wymaganych do realizacji prac objętych umową nr (...). Wszystkie te okoliczności zostały udowodnione w trakcie postępowania upadłościowego prowadzonego w stosunku do (...).

Skarżący podniósł również, że wniosek Sądu I instancji, jakoby do maja 2011 r. (...) nie wiedziała o tym, że powód wykonuje jakiegokolwiek roboty w ramach inwestycji, jest wyraźnie sprzeczny z dokumentacją zgromadzoną w toku postępowania. Obecność (...) na budowie stwierdzona jest dziennikiem budowy, zgodnie z którym powód rozpoczął wykonywanie swoich prac w maju 2010 r. Okoliczność ta została potwierdzona przez spółkę wykonującą w imieniu (...) nadzór inwestorski. Z chwilą dokonania pierwszego wpisu w dzienniku budowy (...) powzięła informację, że powód wykonuje roboty w ramach inwestycji. Skoro (...) wykonywała nadzór inwestorski za pomocą innej spółki, to informacje ujawnione tej spółce powinny być traktowane jak informacje ujawnione (...).

W trakcie badania dokumentacji związanej z wykonywaniem umowy nr (...) powód odkrył, że istnieją różnice pomiędzy projektem budowlanym a projektem wykonawczym, które uniemożliwiają wykonanie tej umowy bez przeprowadzenia prac dodatkowych. Z uwagi na konieczność wykonania dodatkowych prac, powód przygotował w dniu 20.06.2010 r. kosztorys ofertowy na roboty dodatkowe, który został dostarczony inżynierowi kontraktu, tj. przedstawicielowi (...), i kierownikowi budowy, tj. przedstawicielowi (...). W dniu 15.10.2010 r. przedstawiciele (...), inżyniera kontraktu i (...) uzgodnili protokół konieczności nr (...), w którym wskazano, że istniała konieczność wykonania dodatkowych systemów napowietrzenia, zmian w systemie instalacji wentylacji mechanicznej oraz zmian w instalacji wody lodowej i ciepła technologicznego. Przedmiot tego protokołu i umowy nr (...) są zbieżne. Sama (...) w piśmie procesowym z dnia 8.04.2013 r. przyznała, że nie kwestionuje konieczności wykonania robót objętych umową nr (...). Do tego pisma (...) dołączyła też notatki ze spotkań, które wskazują, że od dnia 21.04.2011 r. powód uczestniczył w spotkaniach dotyczących inwestycji, na których uczestniczyli przedstawiciele (...).

Powód zarzucił również, że niezgodne z dowodami jest stwierdzenie Sądu I instancji, że „brak jest jakiegokolwiek pisma do inwestora oraz głównego wykonawcy co do zastrzeżeń w sprawie opóźnienia prac”. Spółka (...) prowadziła ożywioną korespondencję dotyczącą problemów z wykonaniem umowy nr (...) z przedstawicielami inwestora i głównego wykonawcy, uczestniczyła też w spotkaniach i naradach odbywanych w trakcie wykonywania inwestycji. Dodatkowo powód zwracał uwagę na problemy z udostępnieniem frontu robót poprzez dokonywanie odpowiednich wpisów w dzienniku budowy, np. w dniu 18.10.2010 r. pracownik spółki, P. D., zgłosił braki frontu w zakresie wykonywanych przez inny podmiot instalacji elektrycznych.

Stanowisko Sądu I instancji, że powód – w celu wykazania braku swojej winy w zakresie opóźnień – powinien był zgłosić dowód z opinii biegłego ds. budowlanych, wypacza sens przepisów postępowania dowodowego. Sąd

ten miał obowiązek zbadać wszystkie dowody przeprowadzone w niniejszym postępowaniu i ocenić je zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Dopiero gdyby napotkał kwestie, do których rozstrzygnięcia wymagana byłaby wiedza specjalistyczna, konieczne byłoby powołanie dowodu z opinii biegłego. W niniejszej sprawie nie było konieczności powołania takiego dowodu, gdyż do oceny kwestii przyczyn opóźnienia wystarczy jedynie logiczna analiza przeprowadzonych w sprawie dowodów, bez odwoływania się do wiedzy specjalistycznej dostępnej jedynie biegłemu. Jednak gdyby nawet przyjąć, że w tej sprawie zaistniała konieczność powołania biegłego, to i tak Sąd I instancji nie mógł obciążyć powoda negatywnymi konsekwencjami braku przeprowadzenia takiego dowodu, gdyż w orzecznictwie Sądu Najwyższego ugruntowany jest pogląd, iż sąd musi powołać biegłego zawsze, gdy wymagają tego okoliczności sprawy, nawet w przypadku braku inicjatywy dowodowej samych stron. Zatem Sąd I instancji powinien powołać biegłego, ponieważ jak wynika z treści uzasadnienia wyroku, uznał, że rozstrzygnięcie wymaga odwołania się do wiedzy i doświadczenia biegłego. Pogląd ten podzielany był również przez (...), który zgłosił w odpowiedzi na pozew wniosek o przeprowadzenie takiego dowodu. Sąd I instancji, przeprowadzając taki dowód, nie działałby zatem z urzędu, lecz na wniosek jednej ze stron postępowania, a nie wypowiedział się co do wniosku (...), zaś brak inicjatywy dowodowej powoda w tym zakresie zinterpretował jako nieudowodnienie przez Spółkę podnoszonych przez nią okoliczności.

W odniesieniu do art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. w apelacji podniesiono, że o fakcie wykonywania robót budowlanych przez powoda i zakresie tych robót (...) nie dowiedziała się dopiero w maju 2011 r., gdyż przeczą temu, np. dziennik budowy, w którym spółka widnieje jako podwykonawca od maja 2010 r., czy też kosztorysy ofertowe przygotowywane przez spółkę w celu zawarcia umowy nr (...), które były przedkładane przedstawicielom głównego wykonawcy i inwestora. Zatem (...) jako inwestor była poinformowana zarówno o treści umów nr (...) i (...) oraz wyraziła na nie zgodę w sposób czynny dorozumiany (art. 647<sup>(1)</sup> § 2 k.c.). W okresie roku przed formalnym zgłoszeniem spółki jako podwykonawcy (...) co najmniej tolerowała obecność powoda i wykonywanie przez niego robót w ramach Inwestycji. Poza tym (...) nie wyraziła sprzeciwu w maju 2011 r. na zawarcie umowy nr (...), co wskazuje, że zgoda przybrała również bierny charakter. W takiej sytuacji na podstawie art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. (...) jest odpowiedzialna za zapłatę wynagrodzenia za roboty wynikające z umowy nr (...).

Z uwagi na treść art. 375 § 1 k.c. okoliczność, że powód rzekomo przyczynił się do powstania opóźnień przy wykonywaniu umowy nr (...), ma znaczenie jedynie w stosunku pomiędzy (...) a (...), gdyż (...) może mieć teoretycznie podstawę do obciążenia powoda karą umowną za opóźnienie. W ramach stosunku pomiędzy (...) a (...) na zakres świadczenia Komisji mogłoby mieć jedynie wpływ niewykonanie robót wynikających z umowy nr (...) przez spółkę, a te zostały wykonane w sposób należyty, zaś niewielkie usterki stwierdzone w protokołach odbioru zostały niezwłocznie przez spółkę usunięte. (...) nie mogła bronić się zarzutem opóźnienia powoda w wykonaniu umowy nr (...), gdyż ten zarzut ma swoje jedyne źródło w tej umowie, a (...) nie jest jej stroną. Przepis art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. nie daje inwestorowi podstaw do odmowy zapłaty wynagrodzenia z powodu nienależytego wykonania umowy podwykonawczej. Inwestor może odmówić zapłaty jedynie w sytuacji, gdy roboty nie byłyby wykonane w ogóle, bądź gdyby brak było przesłanek powstania odpowiedzialności solidarnej inwestora. Ewentualna szkoda, jaką mogłaby ponieść (...) z tytułu zapłaty wynagrodzenia, którego wartość przewyższa rzeczywistą wartość robót wykonanych przez powoda, mogłaby zostać przez (...) zrekompensowana przez obciążenia (...) obowiązkiem zapłaty na rzecz (...) nadwyżki wynagrodzenia uiszczonego przez (...) na rzecz powoda. Przepisy o odpowiedzialności solidarnej inwestora i głównego wykonawcy mają bowiem charakter gwarancyjny i uniemożliwiają powstanie sytuacji, w której podwykonawca nie otrzyma zapłaty za wykonane roboty.

Chybiony jest również podnoszony przez (...) zarzut oparty na art. 144 p.z.p. Przepis ten ma zastosowanie jedynie pomiędzy stronami umowy o zamówienie publiczne, tj. między (...) a (...), a nie rozciąga się na podwykonawców głównego wykonawcy. Gdyby (...) chciała uniemożliwić wykonywanie robót wychodzących poza zakres zamówienia publicznego, to za pośrednictwem inżyniera kontraktu mogłaby wstrzymać prace, których wykonanie naruszałoby art. 144 p.z.p. Jednak (...), będąc świadomą konieczności wykonania robót wchodzących w zakres umowy nr (...),

nie sprzeciwiła się wykonaniu przez powoda tych prac, a co więcej, aktywnie wspierała go w tych robotach poprzez uczestnictwo razem z przedstawicielami spółki na naradach koordynacyjnych.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda była zasadna, aczkolwiek nie wszystkie argumenty w niej podniesione miały oparcie w przepisach prawa.

Sąd Apelacyjny w znacznej części zgadza się z ustaleniami faktycznymi Sądu I instancji. Ustalenia w tym zakresie nie naruszały zasady oceny materiału dowodowego wynikającej z art. 233 § 1 k.p.c. Sprawia to, że nie zachodzi potrzeba powtarzania szczegółowych ustaleń faktycznych oraz dokonanej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku interpretacji przepisów prawa mających zastosowanie w niniejszej sprawie (zob. np. postanowienie SN z dnia 22.04.1997 r., II UKN 61/97, OSNAP 1998 r. nr 3, poz. 104, wyrok SN z dnia 8.10.1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999 r., nr 3, poz. 60). Niemniej pewne ustalenia podlegały modyfikacjom, co miało wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, o czym będzie mowa poniżej.

Bezspornie w dniu 26.04.2010 r. powód zawarł z (...) umowę nr (...), która była umową podwykonawczą w stosunku do umowy nr (...), zawartej przez (...) ze Skarbem Państwa – (...) w trybie zamówień publicznych. W ramach umowy nr (...) powód miał wykonać w sposób kompleksowy system klimakonwektorów, instalację wentylacji mechanicznej, instalację doprowadzenia zimnej wody, instalację c.o., instalację hydrantową, instalację wodno-kanalizacyjną, instalację odprowadzenia wody deszczowej, instalację ciepła technologicznego oraz węzeł cieplny wraz z kompleksową dokumentacją powykonawczą w budynku należącym do pozwanego Skarbu Państwa – (...). Sąd I instancji słusznie zakwalifikował tę umowę jako umowę o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c., zgodnie z którym przez taką umowę 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. Zasadniczym kryterium rozróżnienia pomiędzy umową o dzieło a umową o roboty budowlane jest ocena realizowanego zamierzenia stosownie do wymogów prawa budowlanego, a istotnym składnikiem umowy o roboty budowlane jest dostarczenie projektu przez inwestora (zob. wyroki SN: z dnia 6.10.2004 r., I CK 71/04, OSP 2005, nr 12, poz. 146 i z dnia 7.12.2005 r., V CK 423/05, Lex nr 269751). Umowa zawarta pomiędzy stronami spełnia te kryteria, gdyż jej wykonanie, oparte na przedłożonych powodowi projektach wykonawczych, spełniać musiało wymogi prawa budowlanego w odniesieniu do instalacji w budynku, a jednocześnie podlegało nadzorowi inwestorskiemu, co wynikało wprost z treści punktu 3 zawartego w (...), gdzie wskazano na (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P. (dalej: G.) jako inżyniera kontraktu upoważnionego m.in. do nadzorowania realizacji robót (k. 26). Ponadto o zakwalifikowaniu umowy jako umowy o roboty budowlane, o jakiej mowa w art. 647 i n. k.c. decydują cechy przedmiotowe umowy. Słusznie wskazano w judykaturze, że umowa o roboty budowlane, w odróżnieniu od umowy o dzieło, dotyczy przedsięwzięcia większych rozmiarów, o zindywidualizowanych właściwościach, zarówno fizycznych, jak i użytkowych, któremu w zasadzie towarzyszy projektowanie i zinstytucjonalizowany nadzór (zob. wyroki SN: z dnia 25.03.1998 r., II CKN 653/97, OSNC 1998, nr 12, poz. 207 i z dnia 18.05.2007 r., I CSK 51/07, Lex nr 334975). Wykonanie ww. instalacji mieści się w pojęciu robót budowlanych w powyżej wskazanym rozumieniu, jak również art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7.07.1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 1409 ze zm.), do której to ustawy należy się pomocniczo odwołać. Zgodnie bowiem z tym przepisem robotami budowlanymi jest budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiorce obiektu budowlanego.

Spór w niniejszej sprawie dotyczył drugiej z umów zawartych przez (...) z (...), tj. umowy nr (...) z dnia 2.12.2010 r., obejmującej roboty dodatkowe w stosunku do umowy nr (...), a dotyczące: dodatkowego systemu napowietrzania, zmiany w systemie instalacji wentylacji mechanicznej oraz zmian w instalacji wody lodowej i ciepła technologicznego.



Wynagrodzenie z tego tytułu zostało ustalone na kwotę 480.000 zł netto, tj. 585.600 zł brutto, czyli na kwotę objętą żądaniem pozwu, na którą opiewały łącznie trzy sporne faktury VAT, które zostały wystawione przez powoda z tytułu wykonania tychże robót. Tak naprawdę zarzuty pozwanego Skarbu Państwa – (...) sprowadzały się do dwóch kwestii, których dotyczyły również zarzuty apelacji, a mianowicie braku odpowiedzialności pozwanego jako inwestora, z uwagi na niespełnienie przesłanek określonych w art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c., a konkretnie – brak wiedzy inwestora o podwykonawcy (do prawa zamówień publicznych przepisy regulujące tę kwestię zostały wprowadzone dopiero pod koniec 2013 r.).

Zgodzić się należało z zarzutem zawartym w apelacji, że twierdzenia pozwanego w przedmiocie zgody inwestora, powielone przez Sąd I instancji, były niezasadne.

Zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Odpowiedzialność inwestora wobec wykonawcy wynika z zawartej umowy o roboty budowlane i ta umowa określa zakres tej odpowiedzialności, natomiast odpowiedzialność inwestora wobec podwykonawców wynika z ustawy, ma charakter gwarancyjny, a jej ramy określa umowa wykonawcy z podwykonawcą, a nie zakres odpowiedzialności inwestora wobec wykonawcy. Nie muszą to być prace, które dotyczą całego obiektu, wystarczające jest, aby były to roboty budowlane we wskazanym rozumieniu, które składają się na całość projektu inwestycyjno-budowlanego. Do takiego wniosku asumpt daje treść art. 647<sup>1</sup> k.c., w którym przewidziano zawarcie właśnie umowy o roboty budowlane pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. Oczywistym jest bowiem, że tego rodzaju umowa nie odnosi się zwykle do całego obiektu będącego przedmiotem umowy łączącej wykonawcę z inwestorem, ale do jego części. Umowa z podwykonawcą spełniać będzie warunki wymienione w art. 647<sup>1</sup> k.c., jeżeli prace wykonywane przez podwykonawcę prowadzić będą do wykonania danego obiektu, stanowiąc część składową tak rozumianego finalnego rezultatu wszelkich robót, nawet jeżeli w sensie prawnym umowa taka może zostać zakwalifikowana także jako umowa o dzieło.

Sąd I instancji prawidłowo ustalił, że powód został zgłoszony formalnie inwestorowi przez (...) jako podwykonawca dopiero pismami z dnia 11.05.2011 r., do których zostały załączone umowy nr (...) i (...), przy czym pisma te zostały doręczone pozwanemu w dniu 24.05.2011 r. (k. 55-56). Jednak nie sposób zgodzić się z wnioskiem tego Sądu, że skoro nie było wcześniejszego zgłoszenia, to Skarb Państwa – (...) nie wyraził wcześniej zgody na zawarcie umowy podwykonawczej. Pamiętać przy tym należy, że zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą ma jedynie znaczenie dla powstania solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Brak takiej zgody nie rzutuje na ważność umowy o podwykonawstwo.

Bezspornie przed majem 2011 r. inwestorowi nie zostały wprost przedłożone umowy nr (...) i (...), a przynajmniej powód nie przedstawił dowodu na tę okoliczność (art. 6 k.c.). Niemniej z art. 647<sup>1</sup> § 4 k.c. wynika, że na piśmie pod rygorem nieważności muszą być zawarte umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą oraz podwykonawcą a dalszym podwykonawcą. Natomiast artykuł ten nie reguluje w ogóle kwestii formy wyrażenia zgody na zawarcie tych umów. Jak słusznie podkreślono w orzecznictwie, inwestor może wyrazić zgodę na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą także w sposób dorozumiany, np. poprzez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót oraz dokonywanie przez niego innych czynności. W tej sytuacji nie jest konieczne przedstawienie inwestorowi ani umowy z podwykonawcą, czy też jej projektu, ani odpowiedniej części dokumentacji. Inwestor nie musi znać treści całej umowy (jej projektu), wystarczająca jest bowiem 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 dochodzenia. Nieistotne jest źródło tej wiedzy, natomiast niezbędne jest, aby umowa została zindywidualizowana podmiotowo i przedmiotowo (zob. np. wyrok SN z dnia 26.06.2008 r., II CSK 80/08, Lex nr 479372, wyrok SA w Warszawie z dnia 15.10.2013 r., I ACa 472/13, Lex nr 1403840, wyrok SA w Katowicach z dnia 17.01.2014 r., V ACa 627/13, Lex nr 1428098, wyrok SA w Białymstoku z dnia 26.02.2014 r., I ACa 765/13, Lex nr 1444709).

Tak więc zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą może być wyrażona w dwojaki sposób: bierny (pasywny) oraz czynny (aktywny). Wyrażenie 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 dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Przyjmując zaś wyrażenie zgody w sposób bierny, 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. Ten sposób wyrażenia zgody (czynny) może przybrać różną formę. 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, np. przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót, oraz dokonywanie podobnych czynności. Przepis art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. nie uzależnia odpowiedzialności inwestora od przedłożenia mu dokumentacji, jeśli 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. Ustawodawca zakłada, że jeżeli inwestor zgodę w sposób czynny wyraża, to wie co robi i nie jest już potrzebny żaden mechanizm obronny (zob. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 12.07.2012 r., I AC a 665/12, Lex nr 1238510, wyrok SA w Katowicach z dnia 7.05.2013 r., V ACa 81/13, Lex nr 1314749, wyrok SA w Białymstoku z dnia 3.10.2013 r., I ACa 418/13, Lex nr 1378646, wyrok SA w Poznaniu z dnia 18.12.2013 r., I ACa 1031/13, Lex nr 1416226, wyrok SA w Łodzi z dnia 30.04.2015 r., I ACa 1749/14, Lex nr 1712681).

Także Sąd Najwyższy podkreślił, że do zgody wymaganej przez art. 647<sup>1</sup> § 2 i 3 k.c. nie stosuje się art. 63 § 2 k.c. Zgoda ta może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 k.c.). Skuteczność zgody inwestora wyrażonej wprost na zawarcie umowy z podwykonawcą nie jest uzależniona od przedstawienia umowy lub jej projektu oraz wiedzy o istotnych jej postanowieniach, jeżeli inwestor rezygnuje z uprawnienia do wglądu do dokumentacji, lub żądania informacji (art. 647<sup>1</sup> § 1 i 2 zd. 1 k.c.). Przesłanki skuteczności tej zgody podlegają ocenie na podstawie ogólnych przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących skuteczności oświadczeń woli. Co więcej, zgoda ta nie musi być uprzednia. Czynności związane z uzyskaniem zgody inwestora (wykonawcy) na zawarcie umowy z podwykonawcą (dalszym podwykonawcą) nie muszą być podejmowane w tym samym czasie, w szczególności część danych dotyczących postanowień umowy może być przedstawiona po wyrażeniu zgody (zob. uchwałę 7 sędziów SN z dnia 29.04.2008 r., III CZP 6/08, OSNC 2008, nr 11, poz. 121, wyroki SN: z dnia 4.02.2011 r., III CSK 152/10, Lex nr 1102865, z dnia 27.06.2013 r., III CSK 298/12, Lex nr 1365675 i z dnia 24.01.2014 r., V CSK 124/13, Lex nr 1428996). Poza tym, skoro art. 647<sup>1</sup> k.c. nie określa terminu, w którym zgoda na zawarcie umowy z podwykonawcą może być wyrażona, a więc może to nastąpić także po wykonaniu prac przez podwykonawcę.

Innymi słowy, art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. nie wiąże ponoszenia przez inwestora solidarnej z wykonawcą odpowiedzialności wobec podwykonawcy z uprzednim przedstawieniem inwestorowi przez wykonawcę umowy z podwykonawcą, ale wiąże tę odpowiedzialność z faktem wykonania robót budowlanych przez podwykonawcę. Istotnym celem tego przepisu jest to, aby istotne postanowienia umowy wykonawcy z podwykonawcą były znane inwestorowi albo z którymi miał możliwość zapoznania się, a nie to jakie jest źródło i sposób pozyskania przez inwestora tej wiedzy (wyrok SN z dnia 18.06.2015 r., III CSK 370/14, Lex nr 1745820). Inwestor nie może uchylać się od zapłaty za wykonane prace, zasłaniając się brakiem egzemplarza umowy generalnego wykonawcy z podwykonawcą (wyrok SN z dnia 27.05.2015 r., II CSK 483/14, „Gazeta Prawna” 2015, nr 108, s. 6). 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 (wyrok SN z dnia 24.01.2014 r., V CSK 124/13, „Biuletyn SN” 2014, nr 3, s. 12). Jak podkreślił Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17.02.2016 r. (III CZP 108/15, MoP 2016, nr 6, s. 283), skuteczność wyrażonej w sposób dorozumiany (art. 60 k.c.) zgody inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest uzależniona od zapewnienia mu możliwości zapoznania się z postanowieniami tej umowy, które wyznaczają zakres jego odpowiedzialności przewidzianej w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.

Przenosząc powyższe na realia niniejszej sprawy nie może ulegać wątpliwości, że doszło do takiego wyrażenia zgody przez Skarb Państwa – (...), gdyż „czynna” zgoda inwestora, wyrażona np. w sposób konkludentny, na zawarcie umowy z podwykonawcą, może być uznana za skuteczną, gdy ma on wiedzę o istotnych elementach tej umowy, tzn. o przedmiocie prac, jakie ma wykonać podwykonawca oraz o przysługującym mu wynagrodzeniu, a przynajmniej taką wiedzę mógł bez problemów posiadać, ale z tego zrezygnował. Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie, czego Sąd I instancji w ogóle nie rozważył. W tym kontekście warto zauważyć, że świadek K. K. (2), pracownik (...), przyznała, że (...) przekazał inwestorowi umowy z podwykonawcami, ale o kolejnych umowach pracownicy inwestora dowiadywali się nieformalnie (nagranie k. 1140, 1136). Dodatkowo (...) został wpisany już w pierwszym dzienniku budowy w dniu 7.05.2010 r. jako wykonawca robót sanitarnych (k. 355). Od września 2010 r. aż do odbiorów, które miały miejsce od czerwca 2011 r., w dzienniku budowy były wpisywane prace wykonywane przez powodową spółkę (k. 397-432). W związku z tym nie mogło budzić wątpliwości, że niezależnie od przekazania pozwanemu umów podwykonawczych w maju 2011 r., inwestor miał pełną wiedzę o robotach wykonywanych przez powoda, ich zakresie i wartości, bez żadnych problemów mógł w każdym momencie uzyskać umowy nr (...) i (...), a skoro nie podjął w tym przedmiocie żadnych czynności, to negatywnymi skutkami prawnymi nie można obciążać podwykonawcę, który dopełnił ciążących na nim obowiązków. Bez znaczenia było więc stwierdzenie reprezentanta pozwanego R. R., że o umowie nr (...) i jej warunkach dowiedział się po jej wykonaniu, wcześniej umowa nie była przedstawiana (nagranie k. 1360, 1376). Nawet abstrahując od faktu, że jak sam przyznał, nie uczestniczył w tej budowie, a wiedzę czerpał z dokumentacji, to zaniechania pracowników (...), jak również inspektora nadzoru z ramienia inwestora obciążają tego inwestora, a nie podwykonawcę.

Na marginesie można wskazać, że świadek A. M. (1), pracownik G., pierwotnie zeznał, że inwestor wiedział o dodatkowej umowie, bo pod koniec 2010 r. świadek otrzymał od (...) umowę nr (...) (nagranie k. 910, 982), ale później świadek wycofał się z tych zeznań (nagranie k. 910, 984-984v). I chociaż powód nie przedłożył żadnego dowodu o przekazaniu inwestorowi umów przed dniem 24.05.2011 r., to z uwagi na powyższe, fakt zgody pozwanego Skarbu Państwa – (...) nie mógł budzić wątpliwości. Także ze względu na zeznania reprezentanta pozwanego R. R., który przyznał: „W momencie zalania, a były ich dwa, wiedzieliśmy, że powód był wykonującym” (nagranie k. 1360, 1376). Ponieważ zalania, o których będzie mowa, miały miejsce przed majem 2011 r., nie mogło ulegać wątpliwości, że pozwany miał wiedzę, że określone roboty wykonuje powodowa spółka.

Niemniej zarzut apelacji dotyczący odpowiedzialności pozwanego jako inwestora na podstawie wskazanego przepisu kodeksu cywilnego nie był zasadny. Wynikało to z faktu, że w odniesieniu do robót objętych umową nr (...) nie doszło do zawarcia ważnej umowy między wykonawcą a inwestorem. Okoliczność ta była bezsporna, powód nawet nie podnosił okoliczności przeciwnej. Z materiału dowodowego wynikało, że w momencie, gdy została zawarta umowa nr (...), trwały postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki (k. 721-739), przy czym w lutym i kwietniu 2011 r., a więc już po zawarciu umowy nr (...), postępowania te zostały unieważnione przez zamawiającego (k. 723, 732v). Reprezentant powoda A. W. zeznał, że reprezentanci powoda wiedzieli, iż (...) wygrał ten przetarg, ale tej wieści nie zweryfikowali, nie przyszły im na myśl kwestie prawne, aby sprawdzić, czy (...) podpisał umowę, ale na budowie nikt nie powiedział, że umowy nie ma (nagranie k. 1360, 1369). Innymi słowy, powód zawarł ważną umowę z (...), ale nie sprawdził, czy analogiczną umowę (...) zawarł z inwestorem. Jest to o tyle istotne, że zgodnie z art. 139 ust. 2 p.z.p. umowa zawierana w trybie zamówień publicznych wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Umowa o roboty budowlane zawarta w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozostaje umową o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 i n. k.c., z tym że podlega reżimowi prawa zamówień publicznych. Zatem aby nie zaistniała sankcja nieważności takiej umowy z uwagi na niezachowanie formy, strony powinny złożyć własnoręczne podpisy na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (art. 78 § 1 zd. 1 k.c.), ewentualnie wymienić dokumenty obejmujące treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany (art. 78 § 1 zd. 2 k.c.). Za taki dokument nie można uznać protokołu konieczności nr (...), o którym będzie mowa poniżej, jako że chociaż przedstawiciele inwestora i wykonawcy ustalili zakres robót do wykonania, to nie ustalili wynagrodzenia, które miało być ustalone podczas negocjacji cenowych (pkt 6). Ofertową/przewidywaną wartość robót nie można utożsamiać z essentialia negotii umowy o roboty budowlane, skoro ten

element umowy, tj. tzw. ostateczne wynagrodzenie, miał być ustalony dopiero w toku negocjacji. I takie negocjacje miały miejsce, jednak – jak wskazano – nie doprowadziły do zawarcia umowy. Można więc niejako zgodzić się ze stwierdzeniem świadka A. M. (1), że prace dodatkowe zostały wykonane przez powoda bez zamówienia, (...) ich nie zamawiał (nagranie k. 910, k. 987), ale mówimy tu w kontekście braku zawarcia ważnej umowy między zamawiającym a wykonawcą.

Powyższe nie przesądzało jednak o bezzasadności powództwa. Już w toku postępowania przed Sądem I instancji powód powołał jako jedną z podstaw dochodzonego przez siebie roszczenia przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, a więc art. 405 i n. k.c. Sąd ten w swoim uzasadnieniu kwestię tę skwitował jednym zdaniem, wskazując, że „odnośnie do zapłaty dochodzonego roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia należało ściśle wykazać, w jakim zakresie pozwany został wzbogacony czego powód również nie wykazał, a co było podnoszone w pismach procesowych strony pozwanej.” Z uzasadnienia Sądu I instancji można również wnioskować, że problem sprowadzał się do braku wniosku po stronie powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego.

Z takim lakonicznym stanowiskiem nie sposób jednak się zgodzić.

Strona pozwana stała na stanowisku, że (...) w ramach umowy nr (...) – miał wykonać wszelkie prace konieczne do wykonania zadania, a więc w ramach ustalonego wynagrodzenia miały to być kompleksowe roboty. Faktycznie tego rodzaju postanowienie zostało zawarte w punkcie 2.5 umowy łączącej pozwanych. Według Skarbu Państwa – (...) miałyby to świadczyć, że wszystkie roboty, jakie miał wykonać (...), a więc – jak można rozumieć – również (...), wchodziły w zakres umowy łączącej inwestora z wykonawcą i nie można tu mówić o robotach dodatkowych. W tym przedmiocie pozwany wpadał w sprzeczność, jako że nie kwestionował, że były dodatkowe roboty budowlane i roboty uzupełniające, które wynikały z protokołów konieczności nr (...), ale w tym przedmiocie unieważniono postępowania prowadzone z wolnej ręki (k. 678-679, 1075-1076). Już tylko to oświadczenie pozwanego świadczyło o tym, że istniała możliwość, że jakieś prace mogły być uznane przez zamawiającego i wykonawcę jako niemieszczące się w pierwotnym zakresie zamówienia.

Także strony umowy nr (...) przewidziały możliwość zaistnienia jakichś nieprzewidzianych prac, gdyż w § 2 umowy przyjęły, że wynikiem w trakcie jej realizacji prace dodatkowe, w tym prace zamiennie, zmieniające zakres prac opisanych w umowie, lecz niezbędnych do wykonania umowy w całości, mogły być wykonywane tylko na podstawie uzgodnionego między powodem a (...) pisemnego aneksu określającego zakres, cenę i termin wykonania prac dodatkowych (ust. 1). Wycena prac dodatkowych miała być dokonana w oparciu o ceny jednostkowe obowiązujące w umowie, ujęte w tabeli scalonych cen jednostkowych stanowiących załącznik nr 2 do umowy. W przypadku braku cen jednostkowych w umowie, miały być one przedmiotem osobnych negocjacji między stronami (ust. 2).

Jak była mowa, umowa nr (...) dotyczyła trzech kwestii: dodatkowego systemu napowietrzania, zmiany w systemie instalacji wentylacji mechanicznej oraz zmian w instalacji wody lodowej i ciepła technologicznego. Odwołać się w tym miejscu należy do protokołu konieczności nr (...) z dnia 15.10.2010 r., podpisanego przez przedstawicieli zamawiającego, wykonawcy, inżyniera nadzoru i projektantów projektu budowlanego i projektu wykonawczego (k. 692-692v). Pozwany w żaden sposób tego dokumentu nie kwestionował, a wręcz przeciwnie – powoływał się na jego treść. W tym protokole, podpisanym m.in. przez przedstawiciela Skarbu Państwa – (...), jednoznacznie określono jako „roboty zamiennie” dokładnie te roboty, które były przedmiotem umowy nr (...). Co więcej, w uzasadnieniu protokołu wskazano, że:

- zastosowanie dwóch dodatkowych systemów napowietrzania, które nie występowały ani w projekcie budowlanym, ani w programie funkcjonalno-użytkowym, jest konieczne ze względu na obowiązujące przepisy ppoż w kontekście przyjętej przez rzeczoznawcę ds. zabezpieczeń ppoż zasady spójności użytych wytycznych; zachodzi konieczność zastosowania dodatkowego systemu do napowietrzania przedsionka na parterze, w związku z całościowym dostosowaniem do wytycznych;

- zmiany w systemie instalacji wentylacji mechanicznej wynikały z ponownego wykonania bilansu powietrza wentylacyjnego do pomieszczeń i zmianami wielobranżowymi spowodowanymi doprecyzowaniem aranżacji

poszczególnych kondygnacji budynku i dokonaniem na etapie projektu wykonawczego szczegółowych dodatkowych obliczeń wydatków i doborów urządzeń, co spowodowało konieczność zastosowania urządzeń o wyższych parametrach niż te określone w projekcie budowlanym i w programie funkcjonalno-użytkowym;

- zmiany w instalacji wody lodowej i ciepła technologicznego wynikały z syntetyczności projektu budowlanego i braku w nim szczegółowego wyrysowania instalacji, a dopiero projekt wykonawczy pokazał dokładne przebiegi i zweryfikował in plus długość tych instalacji, jak i uszczegółowił kwestię nagrzewnic.

Powyższe zostało potwierdzone zgodnymi zeznaniami świadków P. D. (k. 653), P. K. (k. 655), A. M. (1) (nagranie k. 910, 978v-979), M. G. (nagranie k. 962, k. 995) i P. M. (k. 1137-1138, 1140) oraz reprezentantów powoda A. W. (nagranie k. 1360, 1366) i M. K. (nagranie k. 1360, 1370), a więc nie tylko świadków i twierdzeń strony powodowej, ale również inspektora nadzoru i pracowników (...). Zgodnie z tymi zeznaniami zawarcie umowy nr (...) wynikało z „różnic między projektami budowlanym i wykonawczym” i „błędów projektu budowlanego”.

Powyższe zeznania były ze sobą zgodne i spójne, a więc należało im dać wiarę, jako również logicznym i spójnym z pozostałym materiałem dowodowym zebrany w sprawie. Tych zeznań, jak i powołanych dokumentów Sąd I instancji nie przeanalizował pod kątem ustalenia, czy mieliśmy do czynienia z tzw. robotami dodatkowymi. Tymczasem z materiału dowodowego wynikało jednoznacznie, że w trakcie prac wykonywanych przez (...) pojawiła się kwestia wykonania takich robót. Świadek A. M. (1) zeznał wprost, że prace z protokołów konieczności wykraczały poza zakres zamówienia głównego (nagranie k. 910, 983v), ale okoliczność ta wynikała również z przedłożonych dokumentów. Niewątpliwie bez ich wykonania nie było możliwe wykonanie przedmiotu umowy nr (...), a tym samym umowy nr (...). Zostało to wprost wskazane w protokole nr (...), a więc inwestor był tego świadomy. Logiczne i poparte innymi dowodami było więc stwierdzenie reprezentanta powoda M. K., że prace z umowy nr (...) musiały być wykonane, aby wykonać prace z umowy nr (...), a zmiany zostały narzucone przez rzeczoznawcę ds. pożarnictwa, co spowodowało rozszerzenie zakresu prac i zwiększenie ilości urządzeń (nagranie k. 1360, k. 1371).

Tymi zmianami nie sposób obciążać ani (...), ani (...). Jak stanowi art. 355 k.c., dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), z tym, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Przepis art. 355 § 1 k.c. stawia dłużnikowi wymaganie wykonywania zobowiązania z należyta starannością, to jest starannością ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju. Wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość i powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków nie dających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności. Natomiast określony przepisem art. 355 § 2 k.c. miernik postępowania, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia wymaganej nim staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków nie dających się realnie wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń oraz nie uwzględniających reguł zawodowych i konkretnych okoliczności, a także – jak tego wymaga art. 355 § 2 k.c. – typu stosunków. Zatem należyta staranność nawet w rozumieniu tego przepisu nie oznacza staranności wyjątkowej, lecz inny rodzaj staranności, dostosowanej zarówno do działającego podmiotu, przedmiotu którego jego działanie dotyczy, jak i okoliczności, w których to działanie znajduje swój przejaw (zob. np. wyroki SN: z dnia 23.10.2003 r., V CK 311/02, Lex nr 82272, z dnia 21.09.2007 r., V CSK 178/07, Lex nr 485896 i z dnia 16.12.2005 r., III CK 317/05, Lex nr 567998).

Nie można tu mówić, aby (...), jak i powód naruszyli zasady staranności wskazane powyżej. W szczególności nie jest rolą wykonawcy sprawdzanie i weryfikowanie projektów instalacji, budowlanego i wykonawczego. Od tego są

odpowiednie służby po stronie inwestora, które z tego tytułu ponoszą odpowiedzialność. Warto zwrócić uwagę, że gdyby na powoda nałożyć taki obowiązek, i to pomimo braku uprawnień projektowych, to pozwany byłby zwolniony z jakiegokolwiek odpowiedzialności z tym związanej. Innymi słowy, gdyby to na wykonawcach spoczywał obowiązek weryfikacji wszystkich projektów składanych do zatwierdzenia właściwym organom, to inwestor, z którego zlecenia zostają wykonane projekty, na podstawie których wykonawcy wykonują poszczególne etapy robót budowlanych, to wszelka odpowiedzialność z tym związana spoczywać by miała na wykonawcach, a nie na inwestorze. To inwestor zobowiązany jest do zapewnienia właściwych projektów. (...) wykonał właściwe projekty wykonawcze, zgodnie z postanowieniami umowy nr (...), wykonał je prawidłowo (pozwany nie podnosił w tym przedmiocie nawet żadnych twierdzeń), na podstawie przedstawionego mu projektu budowlanego i programu funkcjonalno-użytkowego. Dopiero projekt wykonawczy wykazał, że niezbędne jest wykonanie części dodatkowych robót, a pozostała część wynikała ze zmian wprowadzonych przez rzeczoznawcę ds. ppoż po stronie inwestora. Zatem nie mogło ulegać wątpliwości, że konieczność wykonania wszystkich dodatkowych robót, które zostały objęte protokołem nr (...), a następnie umową nr (...), została spowodowana okolicznościami leżącymi po stronie Skarbu Państwa – (...). Nie istniały więc podstawy, aby zarzucać (...) i (...) naruszenia art. 651 k.c. Nie można tu więc mówić o naruszeniu przez powoda należytej staranności w wcześniej wskazanym rozumieniu, w tym również uwzględniającym podwyższony miernik staranności.

W związku z tym Sąd I instancji powinien był odnieść się do żądania powoda w kontekście przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Jak słusznie wskazano w judykaturze, w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego i przysługiwania wynagrodzenia za prace dodatkowe jedynie w razie sporządzenia przez strony pisemnego aneksu określającego zakres i wartość robót, gdy nieważność umowy o roboty dodatkowe ze względu na niezachowanie formy uniemożliwia zasądzenie równowartości robót dodatkowych jako wynagrodzenia, nie ma przeszkód, aby równowartość tych robót uwzględnić na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, skoro o ich wartość strona pozwana bezspornie została wzbogacona. Nie sprzeciwia się temu zasada wyrażona w art. 321 § 1 k.p.c. Wskazanie przez powoda przepisów prawa materialnego nie jest wymagane – w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius* – to jednak nie pozostaje bez znaczenia dla przebiegu i wyniku sprawy, skoro pośrednio określa także okoliczności faktyczne uzasadniające żądanie pozwu (zob. np. wyrok SN z dnia 23.02.1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Jeżeli powód domaga się zasądzenia określonej kwoty pieniężnej na podstawie umowy zawartej z pozwanym, sąd – stwierdziwszy nieważność tej umowy – może uwzględnić powództwo na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, bez potrzeby dokonywania przedmiotowej zmiany powództwa (zob. np. wyroki SN: z dnia 7.11.2007 r., II CSK 344/07, Lex nr 388844, z dnia 11.03.2010 r. IV CSK 401/10, niepubl. i z dnia 2.02.2011 r., II CSK 414/10, Lex nr 738545).

Podkreślenia wymaga fakt, że w postępowaniu cywilnym obowiązuje zasada, według której powód ma określić żądanie oraz jego podstawę faktyczną (art. 187 § 1 k.p.c.), a do sądu należy rozważenie możliwych podstaw prawnych powództwa, choćby niewskazanych przez powoda (*da mihi factum, dabo tibi ius*). Jeżeli została przez powoda dowiedziona podstawa faktyczna, wcześniej wskazana w pozwie, zgodnie z art. 187 § 1 pkt 2 k.p.c. i z zachowaniem wymagań dowodowych, pozwalająca na rozstrzygnięcie sporu między stronami w sposób przewidziany prawem, to art. 321 k.p.c. nie stoi na przeszkodzie zastosowania przez sąd rozpatrujący sprawę innej podstawy prawnej, niż ta podana przez powoda przy wszczęciu postępowania, chyba że zgłaszający roszczenie żądałby rozstrzygnięcia wyłącznie na gruncie tej, wskazanej przez siebie podstawy prawnej. Innymi słowy, jeżeli z powołanych w pozwie okoliczności faktycznych wynika, że roszczenie jest uzasadnione w całości bądź w części, to należy je w takim zakresie uwzględnić, chociażby powód nie wskazał podstawy prawnej albo przytoczona przez niego okazała się błędna. Rekwalfikacja prawna dopuszczalna jest także, gdy strona zastępowana jest przez profesjonalnego pełnomocnika, w szczególności, jeżeli sprawa jest skomplikowana (zob. wyroki SN: z dnia 29.06.2010 r., I PK 33/10, Lex nr 621136, z dnia 21.04.2010 r., V CSK 345/09, Lex nr 603192 i z dnia 16.09.2009 r., II CSK 189/09, „Palestra” 2009, nr 11-12, s. 276).

W rozpoznanej sprawie przedmiotem żądania była równowartość robót wykonanych przez powoda – jako stricte prac dodatkowych. Skoro do takiej podstawy faktycznej, wyznaczonej twierdzeniami powoda, nie mogły mieć zastosowania – z podanych wcześniej przyczyn – przepisy prawa materialnego związane z ważnie zawartą umową, a w konsekwencji – solidarną odpowiedzialnością pozwanego jako inwestora, to nie było przeszkód – ze względu na to, że podstawa faktyczna jest taka sama – do zastosowania art. 405 k.c., zgodnie z którym kto bez podstawy prawnej uzyskał

korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości. Warunkiem tego jest, aby w okolicznościach sprawy podstawa faktyczna roszczenia o wynagrodzenie umowne nie różniła się w sposób istotny od podstawy świadczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Chodzi bowiem nie tylko o związanie sądu wolą powoda, który jest kreatorem procesu, lecz także o zachowanie równej pozycji procesowej stron i o to, aby środki obrony zastosowane przez pozwanego stosownie do zgłoszonego przez powoda roszczenia o wynagrodzenie z tytułu wykonania umowy, umożliwiały mu obronę także przed niezgłoszonym, a przyjętym przez sąd roszczeniem z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. W sytuacji, gdy bezsporny jest fakt i zakres wykonanych robót budowlanych oraz ich wartość, można uznać, że w istocie podstawa faktyczna roszczenia o wynagrodzenie z umowy oraz z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia jest taka sama, a sposób obrony pozwanego przed roszczeniem o wynagrodzenie taki sam, jak przed roszczeniem z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. W sytuacji, gdy podstawą zasądzenia należności było bezpodstawne wzbogacenie pozwanego kosztem powoda, powód, zgodnie z art. 6 w zw. z art. 410 § 1 i art. 405 k.c., powinien wykazać, jakie roboty budowlano-remontowe, wzbogacające pozwanego, wykonał na jego rzecz i jaka jest wartość tego wzbogacenia. Natomiast pozwany, który zarzuca wadliwe wykonanie robót, powinien wykazać istniejące wady oraz to, w jakim stopniu wpłynęły one na wartość jego wzbogacenia (zob. wyroki SN: z dnia 12.03.1998 r. I CKN 522/97, OSNC 1998, nr 11, poz. 176 i z dnia 1.12.2010 r., I CSK 64/10, Lex nr 811813).

Z analogiczną sytuacją mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie. Powód wniósł o zasądzenie kwot wynikających z robót dodatkowych. Wartość tych robót stanowi nic innego, jak wartość, o jaką wzbogacił się pozwany, jako że roboty te nie były objęte wynagrodzeniem ryczałtowym, jakie inwestor miał zapłacić na rzecz wykonawcy. Bezpodstawne wzbogacenie ma miejsce wtedy, gdy w rezultacie określonego zdarzenia następuje wzbogacenie jednej osoby kosztem innej, czyli gdy zachodzi wzajemna zależność pomiędzy uzyskaniem korzyści majątkowej przez wzbogaconego a uszczerbkiem majątkowym doznany przez zubożonego (zob. uchwałę SN z dnia 5.10.1974 r., III CZP 53/74, OSNC 1975, nr 9, poz. 131). Kolejną przesłanką jest uzyskanie korzyści majątkowej kosztem innej osoby bez podstawy prawnej. Brak takiej podstawy należy ująć w sposób zobiektywizowany – jako brak tytułu prawnego legitymizującego przesunięcie korzyści majątkowej do majątku wzbogaconego. Powód spełniał swoje świadczenie w przekonaniu wykonywania ważnej umowy łączącej wykonawcę z inwestorem. Co charakterystyczne, do unieważnienia przez pozwanego postępowań z wolnej ręki, a w konsekwencji – niezawarcia umowy z wykonawcą na dodatkowe roboty z przyczyn leżących poza powodem, a wynikających z braków dokumentowych w tych postępowaniach, doszło już w trakcie wykonywania robót dodatkowych przez (...), o czym spółka ta nie została poinformowana, jak również inwestor nie wezwał do wstrzymania wykonywania tych prac. Po stronie powoda doszło więc do zubożenia, kosztem którego wzbogacił się pozwany Skarb Państwa – (...), zaś wzajemna zależność między zubożeniem a wzbogaceniem była bezsporna. Jednocześnie celem wykonania robót dodatkowych było wykonanie inwestycji, gdyż – jak była o tym mowa – bez nich nie można było wykonać umowy nr (...). O ile więc nie zachodzi bezpodstawne wzbogacenie, w wypadku nienależnego świadczenia, jeżeli przejście korzyści z majątku zubożonego do majątku wzbogaconego następuje na podstawie umowy wzbogaconego z osobą trzecią (zob. wyrok SN z dnia 25.03.2004 r., II CK 89/03, Legalis nr 70701), to spełnienie wszystkich ww. przesłanek skutkuje odpowiedzialnością inwestora z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Skarb Państwa – (...) uzyskał korzyść majątkową bez podstawy prawnej, albowiem nie łączył go żaden stosunek prawny w zakresie robót dodatkowych ani z wykonawcą, ani z podwykonawcą. Tytuł prawny może wynikać z czynności prawnej, ustawy, aktu administracyjnego lub orzeczenia sądowego. Prawną podstawę takiego przysporzenia może także stanowić czynność prawna osoby trzeciej, jak również można jej poszukiwać poza stosunkiem zubożony – wzbogacony. Żadna z tych okoliczności nie zachodziła w niniejszej sprawie. Zdarzeniem w niniejszej sprawie, którego zaistnienie skutkuje obowiązkiem zapłaty przez pozwanego na rzecz powoda, jest wykonanie dodatkowych robót i zastosowanie zmienionych projektowo, zdecydowanie lepszych urządzeń instalacyjnych i brak uregulowania płatności z tego tytułu właśnie przez Skarb Państwa – (...).

Z materiału dowodowego wynikało bez żadnych wątpliwości, że powód wykonał swoje prace w sposób należyty pod względem jakości. Prace z umów nr (...) i (...) zostały odebrane w okresie 20.06-12.08.2011 r., na dowód czego zostały przedłożone stosowne protokoły odbioru (k. 57-83). W niektórych protokołach zostały wpisane usterki, które miały zostać usunięte przez powoda. Były to jednak wady nieistotne, o czym świadczyła okoliczność, że wszystkie prace

odebrali przedstawiciele (...), podpisując stosowne protokoły. Zatem na daty odbiorów (...) wykonał w tym momencie umowy łączące go z (...). Poza tym wszystkie usterki zostały usunięte przez powoda do dnia 7.10.2011 r., co wynikało z przedłożonych dokumentów (k. 466 i n.), jak i zgodnych zeznań świadków A. M. (1) („Prace zostały odebrane, były usterki, nie wady, powód jako jeden z nielicznych podwykonawców je usuwał” – nagranie k. 910, 981) i M. G. („Usterki odbiorowe zostały przez powoda usunięte” – nagranie k. 962, 998v). Tak więc, wbrew twierdzeniom Sądu I instancji, powód wykonał swoje roboty bez żadnych wad.

Nie sposób się również zgodzić z Sądem I instancji, że powód nie wykazał wartości wzbogacenia pozwanego Skarbu Państwa – (...), a dla określenia wartości wzbogacenia konieczne byłoby przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego. Po pierwsze, powód przedłożył faktury od podwykonawców (k. 1009-1014), których zapłatę potwierdził świadek P. M. (k. 1138, nagranie k. 1140). Tych faktur pozwany nie kwestionował. Po drugie, w protokole konieczności nr (...), a więc podpisanym również przez reprezentanta pozwanego, wartość robót i ofertową cenę ryczałtową (wynagrodzenie) określono na kwotę 592.265,02 zł, a więc nawet wyższą niż kwota, na którą opiewała umowa nr (...). Została ona ustalona na podstawie kosztorysu ofertowego opiewającego na taką właśnie kwotę (k. 695-715). Świadek A. M. (2) zeznała, że kosztorys ofertowy wynikał z różnic między projektami budowlanym i wykonawczym, jak i były zmiany na zlecenie (...) (nagranie k. 1360, 1363-1364). Strona pozwana tego kosztorysu nie kwestionowała, podobnie jak i wskazanego protokołu, a więc zastosowanie znajdował art. 230 k.p.c. Co więcej, jak zeznał reprezentant powoda M. K., to przedstawiciel nadzoru inwestorskiego G. przedstawił protokół konieczności (nagranie k. 1360, 1370), a więc był to dokument osoby działającej w imieniu i na rzecz pozwanego. Dodatkowo kosztorys, który stanowił podstawę określenia wartości robót dodatkowych, został podpisany przez przedstawiciela G., A. M. (1), który zawarł na nim dopisek „do negocjacji”. I faktycznie w umowie nr (...) została określona nieco niższa wartość. Nie może więc ulegać wątpliwości, że dochodzona kwota określała wartość robót, jaką powód świadczył na rzecz pozwanego. Skoro pozwany podpisał powołane dokumenty, których de facto nie kwestionował w toku procesu, to nie można podzielić stanowiska Sądu I instancji, że powód udowodnił stosownymi dowodami wartości robót dodatkowych. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy, roszczenie o zwrot wartości materiałów wbudowanych w budynek zamawiającego w wykonaniu umowy o roboty budowlane nieważnej ze względu na naruszenie ustawy o zamówieniach publicznych jest roszczeniem o zwrot wartości nienależnego świadczenia – art. 410 § 1 w zw. z art. 405 k.c. (wyrok SN z dnia 14.03.2008 r., IV CSK 460/07, Lex nr 453070). Jeżeli pozwany w takiej sytuacji kwestionowałby, że faktyczna wartość robót wykonanych przez powoda była niższa, powinien tę okoliczność wykazać, stosownie do treści art. 253 k.p.c.

Widać więc wyraźnie, że z uwagi na wykonanie prac dodatkowych doszło do bezpodstawnego wzbogacenia pozwanego na kwotę 586.560 zł. Okoliczność, że powód na etapie postępowania przed Sądem I instancji nie zgłosił wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego, nie decydowała o wykazaniu lub niewykazaniu wysokości kwoty należnej powodowi. Bez znaczenia dla wartości tego wzbogacenia pozostaje okoliczność, czy inwestor uiszczył na rzecz wykonawcy kwotę z tytułu wykonanych robót, jeżeli do spełnienia świadczenia nie doszłoby na podstawie umowy łączącej te podmioty. Gdyby zaistniała sytuacja, w której taka umowa byłaby ważnie zawarta, nie można byłoby w ogóle zastosować przepisów regulujących bezpodstawne wzbogacenie, jako że spełnienie świadczenia, zarówno w postaci wykonanych robót, jak i zapłaty wynagrodzenia za nie nastąpiłoby w wyniku spełnienia zobowiązania kontraktowego. Natomiast w wypadku bezpodstawnego wzbogacenia brak jest tytułu prawnego dla świadczenia podwykonawcy w stosunku do inwestora i stosunek, o jakim mowa w art. 405 k.c., ma miejsce na linii podwykonawca – inwestor. Jeżeli w takiej sytuacji inwestor dokonałby płatności na rzecz wykonawcy, a nie podwykonawcy, do spełniłby świadczenie, które nie miałyby podstawy prawnej, a więc byłoby to świadczenie nienależne w rozumieniu art. 410 § 2 k.c., które nie wpływałoby ani na rozmiar zubożenia podwykonawcy, ani wzbogacenia inwestora. Inwestorowi przysługiwałoby roszczenie w stosunku do wykonawcy o zwrot świadczenia nienależnego.

Na marginesie tylko należy wskazać, niezależnie od powyższych wywodów, że pozwany i tak nie wykazał, aby z tytułu robót objętych umową nr (...) uiszczył na rzecz (...) jakąkolwiek kwotę. Ciężar dowodu w tym przedmiocie spoczywał na pozwanym (art. 6 k.c.). Skarb Państwa – (...) nie zapłacił na rzecz (...) całości wynagrodzenia nawet z umowy nr (...), a to z uwagi na potrącenie kar umownych, co wynikało z przedłożonych dowodów zapłaty.



Niezasadny był drugi podstawowy zarzut strony pozwanej, a mianowicie, że doszło do wygaśnięcia ewentualnego roszczenia strony powodowej, a to z uwagi na oświadczenie o potrąceniu złożone przez (...). Przy tym należy zwrócić uwagę, że powszechnie przyjmuje się, iż do odpowiedzialności in solidum dopuszczalne jest analogiczne stosowanie przepisów regulujących solidarną odpowiedzialność dłużników, które są najbardziej zbliżone i odpowiadają celowi oraz charakterowi danego stosunku prawnego (zob. np. wyrok SN z dnia 18.12.1968 r., II CR 409/68, OSNCP 1969, nr 11, poz. 207, uchwały SN: z dnia 7.04.1975 r., III CZP 6/75, OSNCP 1976, nr 2, poz. 27 i z dnia 17.07.2007 r., III CZP 66/07, OSNC 2008, nr 9, poz. 98). Uwzględniając fakt, że wierzyciela oraz poszczególnych dłużników łączyły odrębne (niezależne) stosunki prawne, za dopuszczalne uznaje się stosowanie w drodze analogii art. 371-373 i art. 375 § 1 k.c., wyłączając jednocześnie taką możliwość w odniesieniu do art. 374, 375 § 2 oraz art. 376 k.c. (zob. np. M. Pyziak-Szafnicka [w:] E. Łętowska (red.), System prawa prywatnego, t. 5: Prawo zobowiązań – część ogólna, Warszawa 2013, s. 397-401, Z. Radwański, A. Olejniczak, Zobowiązania, Warszawa 2012, s. 113, A. Szpunar, O solidarności niewłaściwej, RPEiS 1980, z. 4, s. 27-28; K. Zawada [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. I, Warszawa 2013, s. 1036, 1038). Tak więc przyjąć należało, że z uwagi na stosowany per analogiam art. 375 § 1 k.c., pozwany Skarb Państwa – (...) miał możliwość podniesienia zarzutu w tym przedmiocie, chociaż sam oświadczenia o potrąceniu powodowi nie składał.

Trzeba zauważyć, że do zarzutu potrącenia mają zastosowanie wymagania stawiane wobec pozwu w zakresie określenia żądania, przytoczenia okoliczności faktycznych oraz wskazania dowodów, w szczególności dokładnego określenia wierzytelności, jej wysokości, wykazania jej istnienia oraz wyrażenia woli potrącenia w celu wzajemnego umorzenia skonkretyzowanych wierzytelności. Te wszystkie okoliczności, zgodnie z art. 6 k.c., powinien wykazać zgłaszający tego rodzaju zarzut (zob. np. wyrok SN z dnia 18.04.2000 r., III CKN 720/98, Lex nr 51368, wyrok SA w Łodzi z dnia 21.05.2013 r., I ACa 34/13, Lex nr 1327562). Ta sama zasada odnosi się oczywiście do zarzutu wygaśnięcia roszczenia z uwagi na złożone poza procesem oświadczenie o potrąceniu. Zatem to na pozwanym spoczywał obowiązek wykazania istnienia po stronie (...) przesłanek do złożenia oświadczenia o potrąceniu.

Sąd I instancji uznał, że pozwany udowodnił zasadność dokonanego potrącenia, a powód nie udowodnił niezasadności naliczenia kar umownych. Materiał dowodowy nie dawał podstaw do przyjęcia takiego stanowiska.

Potrącenie dokonane przez (...) miało dotyczyć kwoty 1.442.842 zł, na którą składać się miały następujące kwoty:

- 394.000 zł – z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy nr (...),
- 59.040 zł – z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy nr (...),
- 250.000 zł – z tytułu kosztów napraw w związku z zaistniałymi zalaniem,
- 739.808 zł – z tytułu kar umownych, jakie zostały naliczone (...) przez inwestora.

Oświadczenie o potrąceniu (art. 499 k.c.) zostało złożone przez (...) w piśmie z dnia 9.02.2012 r. (k. 197). Z tego pisma wynikało, że miało dojść do potrącenia ww. kwoty z wierzytelnością (...) wobec (...) w wysokości 1.318.086,50 zł. Jednak do skuteczności potrącenia niezbędne jest zindywidualizowanie (sprecyzowanie) zarówno wierzytelności potrącanej, jak i wierzytelności zgłoszonej do potrącenia. O ile w tym piśmie zostały spreycyzowane wierzytelności zgłoszone do potrącenia, to w żaden sposób nie wskazano, jakie kwoty miały składać się na potrącaną wierzytelność. Jest to tym bardziej istotne, że między (...) a (...) istniał szereg rozliczeń z dwóch umów, a (...) nie zapłacił powodowi nie tylko wynagrodzenie z umowy nr (...), ale również wynagrodzenie z umowy nr (...). Zatem, składając oświadczenie o potrąceniu, (...), a następnie w toku procesu – Skarb Państwa – (...), powinni byli dokładnie wykazać, jakie konkretnie kwoty składały się na kwotę 1.318.086,50 zł, a w szczególności, czy w jej skład wchodziła całość wierzytelności z umowy nr (...).

Niezależnie od powyższego trzeba wskazać, że złożenie oświadczenia o potrąceniu nie przesądza o jego prawnej skuteczności, czyli że dochodzi do wzajemnego umorzenia wierzytelności. Dla jego skuteczności niezbędnym warunkiem jest zaistnienie materialnoprawnych przesłanek określonych w art. 498 k.c.

Odnosząc się do kar umownych zgłoszonych do potrącenia, to jak stanowi art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Tego rodzaju zastrzeżenie umowne zostało zawarte w § 8 umowy nr (...), przy czym istotny jest tu ust. 2 lit. a tego paragrafu, zgodnie z którym powód miał zapłacić (...) karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki względem terminu końcowego, lecz nie więcej niż 10% wartości zlecenia. Ponieważ wynagrodzenie określone w § 4 ust. 1 wynosiło 3.940.000 zł netto, maksymalna wysokość kary umownej wynosiła 394.000 zł.

Natomiast w umowie nr (...), także w § 8, została wpisana kara umowna w wysokości 10% wynagrodzenia brutto umowy w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy określonego w § 2 ust. 1. Po pierwsze, wynagrodzenie brutto określone w § 2 ust. 1 tej umowy wynosiło 585.600 zł, a więc maksymalna wysokość kary umownej mogła wynieść 58.560,00 zł, a nie 59.040 zł. Po drugie, na podstawie tej umowy nie należała się w ogóle kara umowna z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy. Zgodnie z § 11 ust. 1 umowy nr (...) postanowienia umowy nr 7 miały zastosowanie tylko „w przypadkach nieuregulowanych w umowie”. Kara umowna została uregulowana w umowie nr (...), a więc nie miało podstaw odwołanie się w zakresie tej instytucji do postanowień umowy nr (...). W umowie nr (...) – jak wskazano – kara umowna należała się „w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 ust. 1 umowy”. Nie była to więc kara umowna z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy, jako że odwoływała się do należytego wykonania dodatkowego systemu napowietrzania, zmiany w systemie instalacji wentylacji mechanicznej oraz zmian w instalacji wody lodowej i ciepła technologicznego. Chodziło więc o ich niewykonanie lub nienależyte wykonanie, czyli ewentualne wady w wykonanych instalacjach. Świadczy o tym również okoliczność, że w § 8 ust. 1 umowy nr (...) nie zawarto w ogóle odniesienia do dni zwłoki, jak to miało miejsce w § 8 ust. 2 lit. a umowy nr (...). Zatem już tylko z tych przyczyn oświadczenie o potrąceniu w zakresie kwoty 59.040 zł nie mogło wywołać żadnych skutków prawnych.

Przechodząc do merytorycznej części rozważań w zakresie kary umownej, trzeba wskazać, że faktycznie prace objęte umowami nr (...) i (...) nie zostały wykonane w terminach umownych, gdyż odbiory miały miejsce w dniach 20.06-12.08.2011 r., podczas gdy miały być wykonane – odpowiednio – do dnia 16.07.2010 r. i 31.12.2010 r. W przypadku umowy nr (...) opóźnienie wyniosło więc ponad rok czasu, w przypadku umowy nr (...) – ponad pół roku. Zatem zasadne było ustalenie, z jakich przyczyn doszło do tak znacznych opóźnień.

Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązania. Ustawowa konstrukcja kary umownej nie opiera się na mechanizmie gwarancyjnym, lecz na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. Karą umowną może zostać obciążona tylko taka strona, która odpowiada za opóźnienie w spełnieniu świadczenia niepieniężnego, obowiązek jej zapłacenia nie może natomiast spoczywać na stronie zobowiązanej do spełnienia tego świadczenia, jeżeli opóźnienie zostało wywołane przez okoliczności, za które strona nie ponosi odpowiedzialności. Innymi słowy, niezbędną przesłanką dochodzenia kary umownej jest tylko takie niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.). Dłużnik może więc dowodzić, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności (zob. np. wyroki SN: z dnia 31.03.2004 r., III CK 446/02, Lex nr 585806 i z dnia 7.07.2005 r., V CK 869/04, Lex nr 150649).

Sąd I instancji przyjął, że do opóźnień w wykonaniu umów nr (...) i (...) doszło z przyczyn leżących po stronie powoda, który nie zapewnił wystarczającej liczby pracowników, jak również w wyniku swoich prac doprowadził do zalań w budynku. Takie stwierdzenie oparte było jednak na powierzchownej analizie materiału dowodowego. Faktem jest, że w aktach sprawy znajdują się pisma (...) wzywające (...) do przyspieszenia prac (k. 219-278) oraz wykazujące, że miały miejsce dwa zalania w dniach 29.03.2011 r. i 12.04.2011 r. (k. 284-323). To, że miały miejsce pisma wzywające

i zalania w budynku, potwierdzili świadkowie. Jednak z zeznań tych samych świadków w kontekście tych zdarzeń wynikało jednocześnie, że:

1) w odniesieniu do zbyt małej liczby pracowników powoda: „Były zarzuty do powoda, że jest zbyt mało ludzi, ale współpraca z K. była w miarę poprawna” (A. M. (1) – nagranie k. 910, 979v), „Były problemy z ilością ludzi” (M. S. – nagranie k. 910, 989v), (...) wzywał powoda do przyspieszenia prac” (M. G. – nagranie k. 962, 998), „Gdy byłem kierownikiem budowy, nie było problemów z małą ilością ludzi” (K. J. – nagranie k. 962, 1000);

2) w odniesieniu do zalań: „Były minimum dwa zalania spowodowane przez prace powoda, nie było dużych szkód, aczkolwiek trzeba było wymienić sufity, zalania spowodowały kilkudniowe opóźnienia w pracach innych wykonawców, nie były to długotrwałe akcje” (A. M. (1) – nagranie k. 910, 986-987), „Były 3-4 zalania z błędów, niedoróbek powoda” (M. S. – nagranie k. 910, 988), „Było kilka zalań, był zalewany sufit, czas na usunięcie skutków liczony był w tygodniach, mogło to być przyczyną opóźnień w budowie” (M. T. – nagranie k. 910, 990v-991), „Były zalania, skutki były duże, każde takie zalanie do przeciągnięcia terminu końcowego” (H. W. – nagranie k. 910, 992-992v), „Były zalania wynikłe z montażu powoda, było jedno zalanie, które narobiło nam kłopotu, ten incydent nie miał wpływu na realizację umów przez powoda, naprawa trwała około 2 tygodni, jeżeli miało to wpływ na realizację umowy nr (...), to bardzo znikomy” (M. G. – nagranie k. 962, 997-997v).

Już tylko z powyższego wyliczenia wynikało, że jeżeli były problemy z ilością pracowników powoda, to jedynie w pewnych okresach, gdyż również kierownicy robót ze strony (...) nie potwierdzali, aby w tym przedmiocie były jakiegokolwiek problemy. W odniesieniu do zalań, to pracownicy (...) wprost twierdzili, że nie miały one wpływu na wykonywane prace, a jeżeli już, to były to kwestie dni, a nie tygodni, a nadto w tym czasie można było wykonywać inne prace. Co więcej, ze zgodnych zeznań świadków P. D. (k. 653-654), P. K. (k. 655), A. M. (1) (nagranie k. 910, 979-979v), M. S. (nagranie k. 910, 987v), M. T. (nagranie k. 910, 990v), H. W. (nagranie k. 910, 992), M. G. (nagranie k. 962, 995-995v), K. J. (nagranie k. 962, 999v), K. K. (2) (k. 1136-1137, 1140) i P. M. (k. 1137, 1140) wynikało jednoznacznie, że opóźnienia w pracach po stronie (...) wynikały z następujących okoliczności:

- chaosu na budowie, gdyż wykonawca ( (...)) nie koordynował poszczególnych prac,
- opóźnień w przekazywaniu powodowi frontu robót,
- rozbieżności między projektami budowlanym i wykonawczym,
- opóźnień w pracach innych wykonawców, w całej budowie,
- braku płatności ze strony (...) na rzecz podwykonawców.

Świadek A. M. (1), a więc pracownik (...), nazwał (...) wprost „skandalicznym generalnym wykonawcą”. Widać wyraźnie, że na te wszystkie okoliczności wskazywali nie tylko pracownicy (...), ale również pracownicy (...) czy podmiotu pełniącego funkcję inspektora nadzoru. Z tego powodu, jak i również dlatego, że były one zgodne ze sobą, brak było podstaw, aby nie dać im wiary i twierdzić, że były one ze sobą sprzeczne, tym bardziej, że potwierdziły je dokumenty, w szczególności dziennik budowy, z którego wynikało, że front robót został udostępniony dopiero we wrześniu 2010 r., a więc niemal dwa miesiące po tym, jak umowa nr (...) miała być wykonana, czy protokoły z narad (k. 500 i n.), z których wynikało, że powód praktycznie za każdym razem zgłaszał problemy z frontem robót (np. front do montażu klimakonwektorów został udostępniony dopiero w dniu 14.01.2011 r. – k. 224) i wykonywaniem prac przez innych podwykonawców, ale również że są problemy z dźwigiem, niszczeniem zamontowanych urządzeń przez inne ekipy itd. Jednak jako główną przyczynę niemal wszyscy powołani świadkowie wskazywali na brak rozliczeń ze strony (...) z powodem i innymi podwykonawcami. Świadek M. G., a więc pracownik (...), zeznał, że w pewnym momencie realizacja stanęła, bo powód i inni podwykonawcy odmówili albo znacząco zwolnili tempo realizacji prac z uwagi na brak płatności wymaganych faktur, wszyscy podwykonawcy ograniczali swoje załogi (nagranie k. 962, 997v).

Widać więc wyraźnie, że do tak dużych opóźnień w wykonaniu umów nr (...) i (...), a w konsekwencji – umowy nr (...), doszło z przyczyn, za które powód nie ponosił odpowiedzialności. Nawet jeżeli miała miejsce w niektórych okresach zbyt niska intensyfikacja prac z jego strony, to przyczyna leżała po stronie (...). Natomiast zalegania, chociaż wystąpiły, nie miały praktycznego przełożenia na termin wykonania umów/inwestycji, co wynikało z materiału dowodowego, a pozwany nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego. Zatem ustalenia Sądu I instancji w przedmiocie opóźnień w wykonywanych pracach naruszały więc wytyczne określone w art. 233 § 1 k.p.c. Co więcej, Sąd ten w ogóle nie zwrócił uwagi, że sam (...) w toku procesu, a więc przed ogłoszeniem upadłości, wskazał, że „powód jest winny jedynie za 32 dni opóźnienia”, stąd kwota 739.808 zł, stanowiąca iloczyn 32 dni i 23.119 zł za każdy dzień zwłoki wynikająca z umowy łączącej (...) z inwestorem (k. 156, 184). Niezależnie od tego, że nie zostało wskazane, w jaki sposób (...) wyliczył ten okres i które konkretnie miałyby to być dni, to potwierdza to okoliczność, że sam wykonawca stał na stanowisku, że niezasadne byłoby obciążanie powoda wszystkimi skutkami opóźnień, jakie miały miejsce na tej budowie. Gdyby jednak przyjąć, że (...) odpowiada faktycznie za 32 dni opóźnienia, to kara umowna z umowy nr (...) powinna byłaby wynieść 126.080 zł (iloczyn 32 dni i kwoty 3.940 zł/dzień), a nie 394.000 zł.

Z uwagi na powyższe, ponieważ powód wykazał, że do opóźnień w wykonaniu robót doszło z przyczyn, za które nie ponosił odpowiedzialności, potrącenie w zakresie kar umownych z tytułu zwłoki w wykonaniu umów nr (...) i (...), niezależnie od braku takiej kary w tej drugiej umowie, było niezasadne. Ten sam wniosek dotyczy oświadczenia w odniesieniu do kwoty 739.808 zł, którą inwestor naliczył wykonawcy z tytułu kar umownych w związku ze zwłoką w wykonaniu umowy nr (...). W stosunku (...) kwota ta miała stanowić odszkodowanie w rozumieniu art. 471 k.c., jednak skoro powód wykazał, że nie ponosił odpowiedzialności za opóźnienia w wykonaniu robót, nie ponosił odszkodowawczej odpowiedzialności kontraktowej wobec (...), gdyż udowodnił przesłankę zwalniającą określoną w tym przepisie.

W odniesieniu do ostatniego elementu potrącenia, tj. kwoty 250.000 zł, to Sąd I instancji nie przedstawił, czy była ona zasadna, a jeśli tak, to czy w całości, czy w części i na jakiej podstawie miałyby dojść do takiego wniosku. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie daje odpowiedzi na te pytania. Tymczasem to na pozwanym spoczywał ciężar dowodu, że doszło do zdarzenia wywołującego szkodę, że szkoda zaistniała i w jakiej wysokości i że istniał normalny (adekwatny) związek przyczynowy między zdarzeniem a szkodą. O ile pierwsza przesłanka nie budziła wątpliwości, co wynikało z powołanych powyżej dowodów, podobnie jak i można byłoby mówić o związku przyczynowym w rozumieniu art. 361 § 1 k.c., to brak było jakichkolwiek dowodów na powstanie szkody po stronie (...), a tym bardziej na jej wysokość. Według wykonawcy szkodą miały być koszty, jakie poniosła ta spółka na prace zmierzające do usunięcia skutków zalań. W tym przedmiocie strona pozwana nie przedstawiła żadnych dowodów. Faktem jest, że (...) prowadził prace naprawcze, co przyznał nawet pracownik powoda P. K. (k. 655), jednak z materiału dowodowego nie wynikał nawet konkretny zakres zalań. Zostały przedłożone zdjęcia, których nie potwierdził np. świadek A. M. (1) (nagranie k. 910, 986v), ale co istotniejsze, nie wiadomo, jakie konkretnie prace miał wykonać (...) i jakie koszty poniósł z tego tytułu. Zostały co prawda przedstawione zamówienia (k. 325-328), jednak powód zaprzeczył, aby dotyczyły one tej inwestycji i aby wynikał z nich fakt dokonania jakichkolwiek płatności, a pozwany nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej w tym przedmiocie. Nadto te zamówienia opiewały na łączną kwotę 91.416,06 zł, co w oczywisty sposób stoi w sprzeczności z kwotą 250.000 zł zgłoszoną do potrącenia. Ze świadków jedynie M. S. próbował zeznawać na temat kosztów, jakie miał ponieść (...) z tego tytułu – miało to być „coś kilkadziesiąt tysięcy złotych” (nagranie k. 910, 988v), jednak zeznania te były niekonsekwentne i niespójne. Poza tym i tak nie wynikała z nich konkretna wartość robót, jakie miał wykonać (...).

Reasumując, oświadczenie o potrąceniu złożone spółce (...) przez (...) nie wywołało żadnych skutków prawnych, jako że nie zaistniały przesłanki wynikające z art. 498 k.c. W konsekwencji apelacja powoda odnośnie do kwoty głównej była w całości zasadna, jako że dochodzona kwota była mu należna na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Natomiast w zakresie odsetek, to roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia ma charakter bezterminowy, a więc zastosowanie znajdował art. 455 k.c. Dwie pierwsze kwoty zostały objęte wezwaniem do zapłaty z dnia 7.09.2011 r., doręczonym pozwanemu w tym samym dniu (k. 100-106). Ponieważ został w nim wyznaczony termin 14 dni na spełnienie świadczenia, odsetki od tych kwot należały się powodowi od dnia następnego po upływie tego terminu. Natomiast trzecia kwota została objęta wezwaniem do zapłaty z dnia 21.10.2011 r., doręczonym

pozwanemu w tym samym dniu (k. 107-110). Analogicznie odsetki od niej należały się po upływie wyznaczonego 14-dniowego terminu do spełnienia świadczenia.

Ponieważ z dniem 1.01.2016 r. doszło do zmiany art. 481 k.c., w tym uchylone zostało rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 16.12.2014 r. w sprawie wysokości odsetek ustawowych (Dz.U. z 2014 r., poz. 1858), do dnia 31.12.2015 r. odsetki od zasądzonej kwoty należały się według przepisów dotychczasowych, a więc jako odsetki ustawowe, zaś od dnia 1.01.2016 r. jako odsetki ustawowe za opóźnienie do dnia zapłaty. Wynika to z treści art. 55-57 ustawy z dnia 9.10.2015 r. o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 1830, dalej: nowela). O ile strony wiązała transakcja handlowa w rozumieniu art. 4 pkt 1 w zw. z art. 2 ustawy z dnia 8.03.2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2013 r., poz. 403 ze zm.) i art. 2 w zw. z art. 3 wcześniejszej ustawy z dnia 12.06.2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. nr 139, poz. 1323 ze zm.), to zgodnie z art. 55 noweli do transakcji handlowych zawartych przed dniem wejścia w życie tej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, podobnie jak w przypadku transakcji zawieranych w wyniku przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wszczętych przed dniem wejścia w życie noweli. Natomiast do odsetek należnych za okres kończący się przed dniem wejścia w życie noweli stosuje się przepisy dotychczasowe (art. 56). Ponieważ – jak wskazano – rozporządzenie określające wysokość odsetek zostało uchylone, zaś nie ma możliwości zastosowania ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, zastosowanie w odniesieniu do odsetek od dnia 1.01.2016 r. znajdował art. 481 § 2 k.c.

Zmiana zaskarżonego wyroku co do żądania głównego z odsetkami skutkowałą zmianą tego wyroku co do kosztów procesu w postępowaniu przed Sądem I instancji, z uwagi na treść art. 98 k.p.c. Na koszty te składały się: opłata od pozwu, koszty zastępstwa procesowego, zgodnie z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 461 ze zm.), i opłata skarbową od dokumentu pełnomocnictwa.

Oddaleniu podlegały wnioski strony powodowej w postaci dowodu z opinii biegłego sądowego zawarty w apelacji oraz z dokumentów załączonych do pisma procesowego z dnia 25.11.2015 r.

Odnośnie do wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego, to zastosowanie znajdował art. 381 k.p.c. Taki wniosek mógł być zgłoszony już w toku postępowania przed Sądem I instancji. Nie uzasadnia powołania spóźnionego wniosku dowodowego odwołanie się do uzasadnienia wyroku Sądu I instancji, z którego miało wynikać, że powód nie udowodnił wysokości wzbogacenia pozwanego. Udowodnienie tej okoliczności jest jednym z podstawowych obowiązków dochodzącego roszczenia na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Podobnie okoliczność, że strona uważa, iż przedstawione przez nią wnioski dowodowe są wystarczające dla potwierdzenia przedstawionej przez nią tezy, nie stanowi o możliwości powołania nowego wniosku dowodowego w postępowaniu apelacyjnym. Strona, która dopuszcza się zaniedbania w zakresie przysługującej jej inicjatywy dowodowej w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, musi się liczyć z tym, że sąd drugiej instancji jej wniosku dowodowego nie uwzględni. Jednocześnie bezzasadny był zarzut naruszenia przez Sąd I instancji naruszenia art. 232 zd. 2 k.c., jako że nie może on być rozumiany w ten sposób, że sąd ma obowiązek zastępować stronę w inicjatywie dowodowej, szczególnie gdy ta jest reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika. Jeżeli strona ma możliwość zgłoszenia w procesie cywilnym, który jest postępowaniem kontradiktoryjnym, stosownego wniosku dowodowego, a nie czyni tego z przyczyn leżących wyłącznie po jej stronie, nie sposób zarzucić sądowi pierwszej instancji naruszenia powołanego przepisu.

Odnośnie do wniosku dowodowego z dokumentów zastosowanie znajdował art. 217 § 2 k.p.c., w brzmieniu obowiązującym przed dniem 3.05.2012 r., jako że nie miały one znaczenia dla merytorycznego rozstrzygnięcia sporu. Poza tym za niedopuszczalne uznać należy dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego wydanej w innej sprawie sądowej. Jeżeli wyjaśnienie sprawy wymaga wiadomości specjalnych, strona powinna zawnioskować o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego (art. 278 § 1 k.p.c.). Nie może być ona zastąpiona innym środkiem dowodowym.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 386 § 1 i art. 385 k.p.c., należało orzec jak w punktach I i II sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 w zw. z art. 108 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 powyższego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości, uwzględniając opłatę od apelacji i koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.