

Sygn. akt **I AGa 30/20**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 maja 2021 r.

**Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny i Własności Intelektualnej**

w składzie:

Przewodniczący: sędzia Andrzej Daczyński

Sędziowie: Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga (spr.)

Ewa Blumczyńska,

Protokolant: Sekretarz sądowy Halszka Mróz

po rozpoznaniu w dniu 14 kwietnia 2021 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **(...) Sp. z o.o. w O.**

przeciwko **G. (...) Sp. z o.o. Sp.k. w P.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 27 września 2019 r. sygn. akt IX GC 1140/13

1. oddała apelację;

2. zasądza od pozwanej na rzecz powódki 8.100 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga Andrzej Daczyński Ewa Blumczyńska

I A Ga 30/20

## UZASADNIENIE

Powód (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. wniósł o zasądzenie solidarnie od pozwanych: (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. – pozwany ad. 1 oraz G. (...) sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w P. – pozwany ad. 2, kwoty 288.307,04 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty:

- 107.230,14 zł od dnia 18 marca 2013r. do dnia zapłaty

- 181.076,90 zł od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty

oraz zasądzenia kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, iż w oparciu o umowy o numerach: (...) wykonywał roboty budowlano - montażowe w ramach budowy obiektu pn.: Budynek H. (...) w S.. Jego zdaniem umowy te na gruncie prawa cywilnego należy sklasyfikować jako umowy o roboty budowlane, do których zastosowanie znajdują przepisy art. 647 i n. k.c.

Pozwany ad. 1 nie złożył odpowiedzi na pozew.

W odpowiedzi na pozew pozwany ad. 2 wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda kosztów postępowania według norm przepisanych.

Pozwany ad. 2 zakwestionował istnienie, wysokość oraz wymagalność dochodzonej przez powoda wierzytelności.

Na rozprawie w dniu 8 września 2014r. pełnomocnik pozwanego ad. 1 uznał powództwo w całości.

Prawomocnym wyrokiem częściowym z dnia 18 grudnia 2014r. Sąd zasądził od pozwanego (...) sp. z o.o. w Ł. na rzecz powoda (...) sp. z o.o. w O. kwotę 288.307,04 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od następujących kwot:

- od kwoty 107.230,14 zł za okres od 18 marca 2013 do dnia zapłaty,
- od kwoty 181.076,90 zł za okres od 09 października 2013 do dnia zapłaty.

Oraz kwotę 21.633 zł, tytułem zwrotu kosztów postępowania, w tym kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego wraz z opłatą od pełnomocnictwa, nadając jednocześnie powyższemu wyrokowi rygor natychmiastowej wykonalności.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego G. (...) sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w P., w warunkach solidarności z (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. wynikającej z wyroku częściowego Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 18 grudnia 2014r. sygn. akt IX GC 1140/13, na rzecz powoda kwotę 278.897,54 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 9 października 2013r. do dnia 31 grudnia 2015r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty ;w pozostałym zakresie powództwo oddalił; kosztami postępowania obciążył w całości pozwanego G. (...) sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w P. pozostawiając szczegółowe ich wyliczenie referendarzowi sądowemu, zastrzegając, iż odpowiedzialność pozwanego za zapłatę kosztów postępowania do kwoty 21.633 zł pozostaje solidarna z (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. i wynika z wyroku częściowego Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 18 grudnia 2014r. sygn. akt IX GC 1140/13.

Podstawę rozstrzygnięcia sądu stanowiły następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne :

Pozwany ad. 1, na podstawie umowy z dnia 2 kwietnia 2012r., był generalnym wykonawcą dla zadania pod nazwą G. (...) w S. u zbiegu ul. (...), którego inwestorem był pozwany ad. 2.

W dniu 7 sierpnia 2012r. powód zawarł z pozwanym ad. 1 umowę nr (...), na mocy której powód zobowiązał się do kompleksowego zaprojektowania, dostawy na budowę i montażu całości zewnętrznej stolarki aluminiowej (okienno – drzwiowej A. H., fasadowej = A. M. – P. H., obróbek blacharskich i parapetów), przeszkleń Patio na 2 piętrze oraz okna wewnętrznego do pomieszczenia ochrony i daszku szklanego nad wyjściem ewakuacyjnym i pomieszczenia śmietnika, dla zadania pod nazwą G. (...)w S. u zbiegu ul (...).

Termin rozpoczęcia prac ustalono na 7 sierpnia 2012r., a ich zakończenia na 12 października 2012r.

Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe netto w kwocie 970.000 zł.

Rozliczenia pomiędzy stronami miał być dokonywane na podstawie faktur przejściowych i faktury końcowej. Rozliczenie częściowe miało następować nie częściej niż raz w miesiącu, na zakończenie okresu rozliczeniowego. Określenie wysokości płatności częściowych związanych z bieżącym zaawansowaniem realizacji robót miała nastąpić na podstawie procentowego zaawansowania robót, zatwierdzonego przez pozwanego ad. 1 i nie większego niż

zaakceptowanego procenta zaawansowania przez Inspektora Nadzoru B. powołanego przez pozwanego ad. 2. Rozliczenie końcowe miało nastąpić po odbiorze końcowym przedmiotu umowy pomiędzy pozwanym ad. 1, a powodem.

Zgodnie z § 6 umowy na zabezpieczenie ewentualnych roszczeń pozwanego ad. 1 w stosunku do powoda związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przez powoda umowy, powód ustanowi na rzecz pozwanego ad. 1 kwotę zabezpieczenia w łącznej wysokości stanowiącej 10 % wynagrodzenia powoda netto.

Kwota ta miała zostać zwrócona powodowi w następujący sposób:

a) 50 % kwoty zabezpieczenia miało zostać zwolnione w terminie 63 dni po odbiorze końcowym inwestycji przez pozwanego ad. 2 i nie później niż do dnia 30 kwietnia 2013r. ale tylko pod warunkiem, iż w trakcie odbioru końcowego inwestycji przez pozwanego ad. 2 nie stwierdzono żadnych zastrzeżeń co do przedmiotu umowy

b) 50 % zabezpieczenie będzie stanowiło zabezpieczenie wykonania zobowiązań powoda w okresie rękojmi i gwarancji i zostanie zwrócone powodowi w terminie 63 dni licząc od upływu okresu rękojmi i gwarancji lub usunięcia przez powoda w terminie wyznaczonym przez pozwanego ad. 1 wszelkich ewentualnych wad wykrytych i notyfikowanych powodowi w tym okresie przez pozwanego ad. 1 (w zależności od tego, co nastąpi ostatnie). Wykonawca będzie uprawniony do zmiany zabezpieczenia na nieodwołalną bezwarunkową i płatną na pierwsze żądanie gwarancją bankową lub ubezpieczeniową o treści zaakceptowanej uprzednio pisemnie przez pozwanego ad. 1.

Powód z pozwanym ad. 1 zawarli również w dniu 24 września 2012r. umowę nr (...) o wykonawstwo robót budowlanych – montażowych, na mocy której powód zobowiązał się do kompleksowej dostawy na budowę i montażu stolarki aluminiowej (okiennej – drzwiowej = A.) według określonego zestawienia za kwotę 113.000 zł netto.

Zawarcie powyższych umów poprzedzone było złożeniem ofert przez powoda oraz uzgodnieniami, prowadzonymi między innymi z udziałem prezesa zarządu pozwanego ad. 2 P. J..

Pismem z dnia 7 sierpnia 2012r. pozwany ad. 1 zgłosił pozwanemu ad. 2 powoda, jako swojego podwykonawcę, w zakresie zewnętrznej stolarki aluminiowej (okiennej – drzwiowej i fasadowej), załączając do zgłoszenia projekt umowy nr (...).

Z kolei pismem z dnia 14 listopada 2012r. pozwany ad. 1 zgłosił pozwanemu ad. 2 powoda, jako swojego podwykonawcę, w zakresie dostawy i montażu stolarki aluminiowej, załączając do zgłoszenia projekt umowy nr (...).

Pismem z dnia 18 stycznia 2013r. pozwany ad. 2 wezwał pozwanego ad. 1 do zintensyfikowania prac i dokonania niezbędnej mobilizacji w celu niezwłocznego wykonania przedmiotu umowy i to nie później, niż do dnia 14 lutego 2013r.

Pismem z dnia 4 stycznia 2013r. pozwany ad. 1 wezwał pozwanego ad. 2 do udzielenia gwarancji zapłaty za roboty budowlane wykonywane na podstawie umowy o roboty budowlane nr (...) z dnia 2 kwietnia 2012r. Gwarancja miała zostać ustanowiona w terminie 45 dni od doręczenia wezwania i obejmować kwotę 8.497.201,08 zł.

Powołując się na brak ustanowienia gwarancji, zgodnie z powyższym żądaniem, pismem z dnia 22 lutego 2013r. pozwany ad. 1 złożył pozwanemu ad. 2 oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr (...) z dnia 2 kwietnia 2012r.

Z kolei pismem z dnia 24 lutego 2013r. pozwany ad. 2 złożył pozwanemu ad. 1 oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr (...) z dnia 2 kwietnia 2012r., z przyczyn za które odpowiada pozwany ad. 1, wskazując, iż upłynął już termin realizacji przedmiotu umowy.

Powód wykonał prace objęte zakresem obu w/w umów i w związku z ich wykonaniem i dokonanymi odbiorami częściowymi prac powód wystawił faktury VAT nr:

- a) FA (...) z dnia 11 września 2012r. na kwotę 147.600 zł,
- b) FA (...) z dnia 8 października 2012r. na kwotę 356.700 zł,
- c) FA (...) z dnia 31 października 2012r. na kwotę 461.250 zł
- d) FA (...) z dnia 31 grudnia 2012r. na kwotę 118.080 zł,
- e) FA (...) z dnia 31 stycznia 2013r. na kwotę 174.906 zł.

Na poczet zobowiązań określonych w w/w fakturach pozwany ad. 1 zapłacił powodowi łącznie kwotę 587.659,05 zł w tym:

- w dniu 30 października 2012r. kwotę 129.843,60 zł,
- w dniu 12 listopada 2012r. kwotę 4.428 zł,
- w dniu 22 listopada 2012r. kwotę 313.788,70 zł,
- w dniu 30 stycznia 2013r. kwotę 50.000 zł,
- w dniu 22 stycznia 2013r. kwotę 89.598,75 zł.

Z kolei na poczet zobowiązań określonych w fakturach nr: FA (...), FA (...), FA (...), FA (...) pozwany ad. 2 zapłacił powodowi kwotę 450.000 zł.

Pismem z dnia 8 maja 2013r. powód wezwał pozwanego ad. 1 do zapłaty kwoty 288.307,04 zł

W dniu 24 kwietnia 2013r. został sporządzony pomiędzy powodem, a pozwanym ad. 2 protokół – ustalenia w którym pozwany ad. 2 poinformował powoda o usterkach stwierdzonych w wykonanych przez niego pracach:

- 1) zbyt wysokie osadzenie fasad szklanych na poziomie + 1 – miejsce wyjścia na taras w Fabryce (...),
- 2) brak obróbek fasad szklanych na połączeniu ze ścianami – w chwili obecnej luki po około 20 cm,
- 3) brak obróbki fasady na połączeniu ze stropem na poziomie +1 do poprawy w części na poziomie + 2,
- 4) brak dokumentacji świadczącej o rodzaju zastosowanego szklenia na poziomie + 2,
- 5) powyższy punkt dotyczy również przeszkleń klatki schodowej,
- 6) stolarka drzwiowa wymaga domalowania farbą – występują ubytki w powłoce lakierniczej,
- 7) w P. pęknięta jest szyba przeciwpożarowa,
- 8) pęknięta szyba na klatce schodowej obok wejścia głównego,
- 9) braki oraz liczne mostki termiczne w wykonanej izolacji z wełny dookoła słupków i rygli fasady,
- 10) uszkodzony pochwyty antypaniczny wyjścia przy ochronie,
- 11) do poobcinania nadmiar piany p-poż służącej do osadzania stolarki przeciwpożarowej,
- 12) nieszczelne okno od strony północnej na bowlingu,
- 13) w związku z zabrudzeniem szyb okiennych nie można stwierdzić, czy szyby nie posiadają rażących zarysowań.

W związku z powyższym strony ustaliły, iż wady określone w pkt 3,6,7,8,9,10,11,12,13 zostaną przez powoda usunięte w terminie 13 maja 2013r, przy czym wady określone w pkt (...) i 10 miały zostać usunięte w terminie do 7 maja 2013r.

Wady określone w punktach (...) zostały usunięte do dnia 13 maja 2013r., co potwierdził kierownik budowy J. M. (1), stosowną adnotacją na powyższym dokumencie. Również pozostałe zastrzeżenia zostały usunięte lub nie stanowiły wad.

Poza zakresem powyższych umów powód wykonał na spornej inwestycji dostawę obróbek blacharskich aktualnie zamontowanych na murku attykowym nad marketem P. Wartość tych prac wyniosła 10.140,66 zł brutto.

Decyzją z dnia 10 czerwca 2013r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego dla powiatu (...) udzielił pozwolenia na użytkowaniu budynku handlowo – usługowego przedmiotowej G.w części obejmującej parter budynku handlowo – usługowego.

Ostateczny odbiór przedmiotowego obiektu nastąpił w dniu 7 lipca 2016r.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił, na podstawie dokumentów dołączonych przez strony do akt sprawy oraz zeznań świadków, stron procesowych i opinii biegłego. Dokumenty te miały charakter dokumentów prywatnych i stosownie do treści 245 k.p.c. stanowiły dowód tego, że osoby, które je podpisały złożyły oświadczenia zawarte w tych dokumentach. Dokumenty powyższe nie były kwestionowane przez strony, a Sąd nie znalazł podstaw by czynić to z urzędu.

Sąd dokonując ustaleń faktycznych opierał się również na wydrukach, w tym również korespondencji mailowej. Nie są one dokumentami, gdyż nie zostały podpisane przez autora oświadczenia zawartego w mailach. Sąd nie mógł zatem przeprowadzić z nich dowodu z dokumentów. Nie stoi to jednak na przeszkodzie przeprowadzeniu dowodu z takich wydruków w innym trybie. Katalog środków dowodowych zawarty w kodeksie postępowania cywilnego nie jest zamknięty. W myśl art. 309 k.p.c. sposób przeprowadzenia dowodu innymi środkami dowodowymi niż wymienione w artykułach poprzedzających określi sąd zgodnie z ich charakterem, stosując odpowiednio przepisy o dowodach. W orzecznictwie przejmują się, że wiadomość mailowa, sms, jak również wydruk zatytułowany "rozhanki" nie są dokumentami w rozumieniu art. 244 k.p.c. i art. 245 k.p.c. Mogą natomiast zostać uznane za "inny środek dowodowy" w rozumieniu art. 309 k.p.c., w przepisach k.p.c. nie zawarto bowiem zamkniętego katalogu dowodów i dopuszczalne jest skorzystanie z każdego źródła informacji o faktach istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, jeśli tylko nie jest to sprzeczne z przepisami prawa (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 sierpnia 2015 r. VI ACa 1285/14 LEX nr 1994426).

Mając na uwadze powyższe Sąd uznał, iż przeprowadzenie dowodu z powyższych maili było możliwe i dopuszczalne. Strony nie kwestionowały bowiem prawdziwości tych maili, w tym ich treści, jak również osób które je sporządziły i wysłały.

zatem nie miał interesu w zeznawaniu nieprawdy. W sposób spójny i logiczny potwierdził on wykonanie prac przez powoda, ich zgodność z projektem oraz okoliczności dotyczące zmiany projektu.

Po dokonaniu wnikliwej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego Sąd Okręgowy uznał, że powództwo w niniejszej sprawie okazało się zasadne w przeważającym zakresie.

W ocenie Sądu nie budziło jakichkolwiek wątpliwości, że powód na spornej inwestycji, dotyczącej budowy G. (...) w S., wykonywał prace budowlano – montażowe, jako podwykonawca, na podstawie umowy, jaką zawarł z generalnym wykonawcą (...) pozwanym ad. 1. Inwestorem przedmiotowej G. (...) był z kolei pozwany ad. 2.

Poza sporem pozostawało, iż w związku z wykonaniem prac, powód wystawił łącznie pięć faktur. Należności wynikające z tych faktur zostały w części, to jest co do kwoty 587.659,05 zł zapłacone bezpośrednio przez pozwanego

ad. 1. Z kolei pozwany ad. 2. dokonał zapłaty na rzecz powoda kwoty 450.000 zł. Powód uwzględnił powyższe wpłaty i domagał się od obu pozwanych zasądzenia solidarnie kwoty 288.307,04 zł. Suma ta obejmowała cztery elementy:

- a) 107.230,14 zł stanowiącej pozostałość z faktury FA (...),
- b) 102.320 zł tytułem zwrotu kwoty zatrzymanej tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- c) 69.347,40 zł tytułem robót wykonanych i niezafakturowanych,
- d) 9.409,50 zł tytułem robót dodatkowych.

Podstawą odpowiedzialności pozwanego ad. 1 w stosunku do powoda były umowy łączące go z pozwanym ad. 1. Z kolei odpowiedzialność pozwanego ad. 2 opierać miała się na zapisach art. 647<sup>1</sup> k.c. Pozwany ad. 1 uznał powództwo w niniejszej sprawie, a roszczenia w stosunku do niego objęte zostały prawomocnym wyrokiem częściowym z dnia 18 grudnia 2014r. i dlatego nie były już przedmiotem dalszych rozważań Sądu. Dokonane jednak przez pozwanego ad. 1 uznanie powództwa, z uwagi na treść art. 371 k.c., nie mogło w sposób automatyczny przesądzić zasadności powództwa w stosunku do pozwanego ad. 2.

Przepisy dotyczące odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia wobec podwykonawcy uległy zmianie z dniem 1 czerwca 2017r. Zgodnie jednak z art. 12 ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (Dz.U. z 2017 r. poz. 933) do umów o roboty budowlane zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę na podstawie takich umów stosuje się art. 647<sup>1</sup> ustawy, o której mowa w art. 1, w brzmieniu dotychczasowym. W niniejszej sprawie roszczenia dotyczą prac z okresu lat 2012-2013, a zatem znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego w brzmieniu, poprzednio obowiązującym.

Stosownie do treści art. 647<sup>1</sup> § 1 – 6 k.c. w umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647, zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. Do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. (§ 2) Do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora i wykonawcy. Przepis § 2 zdanie drugie stosuje się odpowiednio. (§ 3) Umowy, o których mowa w § 2 i 3, powinny być dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności. (§ 4) Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. (§ 5) Odmienne postanowienia umów, o których mowa w niniejszym artykule, są nieważne. (§ 6)

W orzecznictwie podkreśla się, że art. 647<sup>1</sup> k.c. jest przepisem o charakterze wyjątkowym, co oznacza, że musi być interpretowany ściśle (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007r. V CSK 131/07 Lex nr 442557). Zwrócić należy uwagę, iż przepis powyższy był przedmiotem szerokich rozważań w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W tej kwestii wspomnieć należy w szczególności uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2008r. III CZP 6/08 OSNC 2008/11/121 w której wskazano, 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.); niezależnie od tego zgodę uważa się za wyrażoną w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie drugie k.c. W orzecznictwie wskazuje się, że istnieją dwie możliwe drogi uzyskania przez wykonawcę zgody inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą. Pierwszą z nich określić można jako sformalizowaną, a uregulowana została w art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie drugie k.c. Zgodę inwestora musi poprzedzać przedstawienie mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji, po czym inwestor ma czternaście dni na wyrażenie swojej woli (zgody lub sprzeciwu). Jeżeli w ciągu tego terminu inwestor nie zgłosi sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził

zgode na zawarcie umowy. Istnieje jednak drugi, mniej sformalizowany sposób wyrażenia zgody przez inwestora. Dla uzyskania tej zgody nie jest konieczne przedstawienie inwestorowi przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji – wystarczy, gdy inwestor uzyska informacje o osobie podwykonawcy oraz treści umowy zawartej pomiędzy wykonawcą, a podwykonawcą. Nieistotne jest źródło tej wiedzy, natomiast niezbędne jest, aby umowa została zindywidualizowana podmiotowo i przedmiotowo. Po uzyskaniu takiej wiedzy inwestor może w dowolnej formie oraz w dowolnym czasie wyrazić zgodę. Zgoda ta może zostać wyrażona w sposób dorozumiany (art. 60 k.c.), natomiast nie znajduje zastosowania fikcja prawna z art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2008r. II CSK 80/08 Lex nr 479372).

Sąd Najwyższy również w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 października 2010r. sygn. akt II CSK 210/10 OSNC 2011/5/59, wskazał, że milczące wyrażenie zgody jest jednym z rodzajów dorozumianego oświadczenia woli (wyrażenia zgody), jeżeli zatem ustawodawca konstruując w art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie drugie k.c. warunki skuteczności milczącego wyrażenia zgody, przypisał decydujące znaczenie znajomości inwestora treści umowy podwykonawczej, a ściślej możliwości zapoznania się z treścią tej umowy, to jest to istotna wskazówka przy wykładni art. 647<sup>1</sup> § 1 zdanie pierwsze k.c. w zakresie warunków skuteczności dorozumianego czynnego wyrażenia zgody przez inwestora. Elementem wyrażanej w taki sposób zgody powinna być świadomość inwestora, na co wyraża zgodę, a wobec tego warunkiem skuteczności takiej zgody jest możliwość zapoznania się inwestora przynajmniej z tymi postanowieniami umowy wykonawcy z podwykonawcą, które określają zakres jego odpowiedzialności za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Zgoda inwestora, wyrażona w sposób dorozumiany czynny, na zawarcie umowy wykonawcy z podwykonawcą, jest skuteczna, gdy dotyczy konkretnej umowy, której istotne postanowienia, decydujące o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy są znane inwestorowi, albo z którymi miał możliwość zapoznania się. Inwestor nie musi znać treści całej umowy lub jej projektu, a jego znajomość istotnych postanowień umowy podwykonawczej decydujących o zakresie jego odpowiedzialności nie musi pochodzić od wykonawcy lub podwykonawcy, może mieć dowolne źródło i nie musi być ukierunkowana na wyrażenie zgody na zawarcie umowy podwykonawczej. Tym różnią się warunki skuteczności zgody dorozumianej czynnej od surowszych warunków skuteczności milczącego wyrażenia zgody, określonych w art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie drugie k.c. Taką wykładnię art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie pierwsze k.c. w zakresie warunków skuteczności dorozumianej czynnej zgody inwestora uzasadnia też charakter jego odpowiedzialności. Skoro zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. inwestor odpowiada za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, a jego solidarna odpowiedzialność z wykonawcą ma charakter ustawowej solidarnej odpowiedzialności gwarancyjnej za cudzy dług, on zaś sam pełni rolę ustawowego poręczyciela gwarancyjnego wykonawcy, to niewątpliwie warunkiem tej odpowiedzialności jest to, by znał lub miał możliwość poznania tych postanowień umowy wykonawcy z podwykonawcą, które wyznaczają zakres jego odpowiedzialności. Są to m.in. postanowienia dotyczące wysokości wynagrodzenia podwykonawcy lub sposobu jego ustalenia, a także zasad lub podstaw odpowiedzialności wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Takimi istotnymi postanowieniami umowy podwykonawczej, mającymi wpływ na zakres odpowiedzialności inwestora, mogą być w szczególności postanowienia poddające tę umowę prawu obcemu, a spory z niej wnikające zagranicznemu sądownictwu polubownemu. Inwestor powinien znać lub mieć możliwość zapoznania się z takimi postanowieniami umowy podwykonawczej, niewątpliwie bowiem mają one decydujący wpływ na jego odpowiedzialność wobec podwykonawcy oraz jej zakres.

Odpowiedzialność ta ma charakter gwarancyjny w postaci odpowiedzialności ex lege za cudzy dług. Granice tej odpowiedzialności wyznacza zakres odpowiedzialności wykonawcy jako zobowiązanego kontraktowo do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy za wykonane przez niego roboty. Inwestor odpowiada za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy, ustalonego w umowie pomiędzy wykonawcą, a podwykonawcą. Podstawą tegoż wynagrodzenia jest umowa podwykonawcza, nie zaś wysokość wynagrodzenia ustalona w umowie pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Inwestor odpowiada wobec podwykonawcy nie za własny dług, ale za dług wykonawcy. Rozmiar zobowiązania wykonawcy, wyznacza zakres odpowiedzialności inwestora opartej na regulacji art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., gdyż przepis ten nie zawiera jej ograniczenia do wysokości zobowiązania inwestora wobec wykonawcy za tę część robót, która następnie została zlecona podwykonawcy. Istotą odpowiedzialności gwarancyjnej jest to, że obejmuje

ona dług innej osoby, a zatem ten dług determinuje zakres odpowiedzialności gwaranta. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 stycznia 2008r. (sygn. V CSK 179/07, OSNC - ZD. 2008 Nr 4, poz. 100), przepis z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. nie ogranicza odpowiedzialności inwestora do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy od inwestora, ani zapłaconego przez inwestora wykonawcy. Również na gruncie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. zapłata całego wynagrodzenia wykonawcy nie zwalnia inwestora od zapłaty należnego wynagrodzenia podwykonawcom. Odpowiedzialność inwestora wobec wykonawcy i podwykonawców oparte jest na różnych podstawach odpowiedzialności. Wobec wykonawcy odpowiedzialność ta wynika z zawartej przez inwestora z wykonawcą umowy o roboty budowlane, która określa jej zakres. Odpowiedzialność ta ma charakter kontraktowy.

Natomiast odpowiedzialność wobec podwykonawców wynika z ustawy, ma charakter gwarancyjny, a jej ramy określa umowa wykonawcy z podwykonawcą, nie zaś zakres odpowiedzialności inwestora wobec wykonawcy (tak Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 28 czerwca 2006r., III CZP 36/06 - OSNC 2007 nr 4 poz. 52). Odpowiedzialność inwestora z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. nie jest wynikiem wspólnej lub jednakowej sytuacji dłużników, ani udziału w odpowiedzialności za tę samą szkodę, tylko powstaje z mocy przepisu szczególnego o charakterze *ius cogens*, prowadzi do dodatkowej gwarancji uzyskania świadczenia przez wierzyciela. Istotną cechą tej odpowiedzialności nie jest zobowiązanie inwestora do spełnienia świadczenia, tylko ponoszenie przez niego odpowiedzialności za spełnienie świadczenia (zapłatę wynagrodzenia) przez wykonawcę. Inwestor nie jest współdłużnikiem w wykonaniu zobowiązania, a stosunki wewnętrzne wynikające z umowy inwestor – wykonawca oraz postanowienia wykraczające poza świadczenie ciężące na wykonawcy z umowy wykonawca – podwykonawca pozbawione są znaczenia prawnego dla przedmiotu i zakresu odpowiedzialności inwestora (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 05 września 2012r. - IV CSK 91/12). Odpowiedzialność ta utrzymuje się aż do momentu pełnego zaspokojenia podwykonawcy (por. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 lutego 2014r., V ACa 746/13, LEX nr 1448538).

W świetle art. 6 w związku z art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie pierwsze i § 5 k.c., ciężar udowodnienia tego, że inwestor wyraził zgodę na zawarcie umowy o roboty budowlane wykonawcy z podwykonawcą, spoczywa na podwykonawcy, on bowiem z tego faktu wywodzi skutki prawne. Jeżeli inwestor twierdzi, że zgody takiej nie wyraził również w sposób dorozumiany oraz że nie znał istotnych postanowień umowy wykonawcy z podwykonawcą, podwykonawca powinien udowodnić także świadomość inwestora, co do tych okoliczności, wyznaczających zakres jego odpowiedzialności za wynagrodzenie podwykonawcy lub to, że z postanowieniami tymi inwestor mógł się zapoznać.

Mając na uwadze wyniki przeprowadzonego postępowania dowodowego sąd I instancji uznał, iż powód wykazał podstawy odpowiedzialności pozwanego ad. 2, jako inwestora za zapłatę należnego mu wynagrodzenia. W ocenie Sądu pozwany ad. 2 wiedział, zarówno o powodzie, jako podwykonawcy pozwanego ad. 1, jak również o zakresie jego prac i umówionym wynagrodzeniu. Przede wszystkim z zeznań przedstawicieli obu stron: J. M. (2) i P. J., jak również z zeznań świadka D. M. oraz z wydruków korespondencji mailowej wynika, że przed zawarciem umów podwykonawczych prowadzone były negocjacje, w których uczestniczył prezes zarządu pozwanego ad. 2 P. J.. Musiał on tym samym mieć wiedzę, nie tylko, że powód ma wykonać prace na budowie G. (...)ale również znał ich rodzaj i zakres. Oprócz zeznań wskazanych powyżej osób sąd miał na uwadze również zeznania innych świadków: P. S. i J. P., którzy potwierdzili dokonywanie zgłoszeń podwykonawców przez pozwanego ad. 1, w tym również zgłoszenia powoda.

Kluczowym dowodem w tym zakresie okazały się również dwa pisma – pierwszym z dnia 7 sierpnia 2012r. pozwany ad. 1 zgłosił pozwanemu ad. 2 powoda, jako swojego podwykonawcę, w zakresie zewnętrznej stolarki aluminiowej (okienne – drzwiowej i fasadowej), załączając do zgłoszenia projekt umowy nr (...). Z kolei pismem z dnia 14 listopada 2012r. pozwany ad. 1 zgłosił pozwanemu ad. 2 powoda, jako swojego podwykonawcę, w zakresie dostawy i montażu stolarki aluminiowej, załączając do zgłoszenia projekt umowy nr (...). Pozwany ad. 2 miał zatem pełną wiedzę o powodzie, jako podwykonawcy, jak również o zakresie i warunkach wykonywania przez niego prac. Pomimo otrzymania informacji w tym zakresie pozwany ad. 2 nie zgłosił sprzeciwu co do zatrudnienia powoda, jako podwykonawcy. Tym samym uznać należy, iż pozwany ad. 2 zaakceptował powoda, jako podwykonawcę. Odnosząc się do powyższej kwestii nie można pominąć również okoliczności, iż przed procesem pozwany ad. 2 dobrowolnie zapłacił na rzecz powoda kwotę 450.000 zł, tym samym pośrednio potwierdził swoją odpowiedzialność za zapłatę

wynagrodzenia. Trudno bowiem uznać za prawdopodobne, aby pozwany ad. 2 zapłacił tak znaczącą kwotę, kwestionując jednocześnie podstawy swojej odpowiedzialności co do zasady.

Przesądzenie zasady odpowiedzialności pozwanego ad. 2 nie oznaczało jednak automatycznie uznania zgłoszonego w stosunku do niego powództwa za zasadne. Na powódzie nadal bowiem spoczywał ciężar wykazania wykonania prac objętych umową, a zatem aktualizacji obowiązku zapłaty wynagrodzenia umownego. Uznanie powództwa w tym zakresie przez pozwanego ad. 1 nie zwolniło jednak powoda ze wspomnianego ciężaru dowodu. Jednocześnie pozwany ad. 2, jako współdłużnik solidarny mógł podnosić zarzuty przysługujące również generalnemu wykonawcy, a więc związane np. z brakiem wykonania prac, czy też ich wadliwością. Oceniając zasadność powództwa Sąd oddzielnie będzie prowadził rozważania dotyczące poszczególnych kwot, które składały się na sumę objętą pozwem.

Za w pełni zasadne Sąd uznał żądanie zasądzenia kwoty 107.230,14 zł, stanowiącej pozostałość z faktury FA (...), a więc dotyczącej zakresu objętego w/w umowami. Przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, iż powód wykonał zlecane mu prace. Potwierdziły to nie tylko protokoły zaawansowania robót obmiarowych (k.39,40,42,44,45,47,49-52), ale także zeznania świadków: P. S., J. P., P. M. i E. S., jak również zeznania prezesa zarządu powoda J. M. (2). Nie można także pominąć okoliczności, iż przedmiotowa Galeria została ukończona i oddana do użytku, co oznacza, iż całość prac została wykonana zgodnie z projektem. Pozwany ad. 2 nie wykazał przy tym, aby część prac, które miał zgodnie z obu umowami wykonać powód, wykonał ostatecznie inny podmiot.

W kwestii wykonania prac istotne znaczenie miał również dowód z opinii biegłego M. G. (1). Biegły w swojej opinii, potwierdził zarówno wykonanie w całości prac przez powoda, w zakresie, w jakim żąda wynagrodzenia w niniejszym procesie, jak również ich dobrą jakość. W dokumencie określonym jako ustalenia z dnia 24 kwietnia 2013r. pozwany ad. 2 wskazał jego zdaniem 13 wad w pracach powoda. Już z treści powyższego dokumentu wynika, że wady określone w punktach (...) zostały usunięte do dnia 13 maja 2013r., co znalazło potwierdzenie również w zeznania kierownika budowy J. M. (3), który na wspomnianym dokumencie uczynił adnotację o usunięciu wad. Biegły dokonując oceny prac powoda, nie stwierdził ich wadliwości. W ocenie biegłego co do części zgłaszanych zastrzeżeń, nie można było potwierdzić ich zaistnienia albo w ocenie biegłego nie stanowiły wad i usterek, a zatem nie mogły stanowić podstawy zastrzeżeń zgłaszanych przez pozwanego ad. 2. W tym zakresie Sąd ograniczył się jedynie do ogólnego odwołania się do opinii biegłego, bez szczegółowego wskazywania stanowiska biegłego, co do poszczególnych wad, odsyłając w tym zakresie, zarówno, do wcześniejszej części uzasadnienia, jak również do opinii biegłego. Istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy w tym zakresie pozostawała konkluzja opinii biegłego, co do wykonania prac przez powoda oraz braku ich wadliwości. W zaistniałych zatem okolicznościach roszczenie powoda w tym zakresie uznać należało za uzasadnione.

Druga część dochodzonej przez powoda kwoty obejmowała 102.320 zł tytułem zwrotu kwoty zatrzymanej tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Okoliczność zatrzymania wspomnianej kwoty, jak również podstawy umowne dla dokonania zatrzymania i zwrotu, określone w przywoływanych powyżej zapisach umownych, nie były objęte sporem. Upływ terminów i obowiązek zwrotu zatrzymanych kwot potwierdził pośrednio pozwany ad. 2 uznając powództwo. Zapisy umowy wymagały dla skuteczności żądania zwrotu złożenia wniosku przez powoda. Wniosek taki nie został złożony, ale nie mogło to być przeszkodą dla uwzględnienia roszczenia. W ocenie Sądu uznać należy, iż funkcję wniosku w tym przypadku spełniło złożenie pozwu. Wątpliwości mogła budzić kwestia, czy pozwany odpowiada za tę część wynagrodzenia, a dokładniej, czy nadal pozostaje ono wynagrodzeniem, czyli czy na skutek jego zatrzymania w postaci zabezpieczenia (kaucji gwarancyjnej), nie zmienił się charakter wspomnianej kwoty i nie stanowi ono już wynagrodzenia, co wykluczałoby odpowiedzialność pozwanego ad. 2 w tym zakresie. Orzecznictwo w powyższej materii nie jest jednolite i w części orzeczeń przyjmuje się, iż zatrzymanie określonych kwot, jako gwarancji, zmienia ich charakter, a przez to nie stanowi już wynagrodzenia i inwestor nie może odpowiadać w tym zakresie. W wyroku z dnia 9 listopada 2018 r. V CSK 501/17 Sąd Najwyższy wskazał, że z chwilą zatrzymania części wynagrodzenia stało się ono kwotą, której status prawny jest całkowicie inny niż wynagrodzenia za roboty budowlane. Mieć bowiem trzeba na uwadze, że zamawiający może kwotę kaucji zużyć tylko na ściśle określony cel, w oznaczonym czasie. Jeżeli w tym oznaczonym czasie nie zajdzie zdarzenie przewidziane umową gwarancji, zamawiający zobowiązany jest do zwrotu kwoty, którą mógł dysponować. Może jednak okazać się, że kwota kaucji nigdy nie będzie zwrócona. Nie jest bowiem wykluczone, że zostanie w części lub całości zużyta przez uprawnionego na pokrycie jego roszczeń związanych

z nienależytym wykonaniem umowy przez wykonawcę. Wskazuje to, że po zatrzymaniu części wynagrodzenia, jako kaucji gwarancyjnej, przestała ona być odroczonym wynagrodzeniem, ale o tym czy zostanie zwrócona, w jakiej części i kiedy, decyduje odrębny reżym prawny, wynikający z umowy kaucji. Nie można zatem zasadnie twierdzić, że kwota zatrzymanego na kaucję wynagrodzenia w dalszym ciągu jest wynagrodzeniem, tyle tylko, że z odroczonym terminem płatności. Żądanie zwrotu kwot zatrzymanych na kaucję nie jest tożsame z żądaniem zapłaty wynagrodzenia. (tak również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2017r. V CSK 428/16). Z kolei w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2018 r. IV CSK 40/18 wskazano, że charakter prawny zabezpieczenia nazywanego kaucją gwarancyjną zawsze musi być oceniany przez pryzmat postanowień umownych - czy strony chciały nadać zabezpieczeniu charakter kaucji gwarancyjnej, czy też jako zabezpieczenie miało służyć zatrzymanie wynagrodzenia wykonawcy, który po pierwsze, godził się na wypłacenie tej jego części w innym terminie, a po drugie, zgadzał się, by inwestor przeznaczyć je na pokrycie wierzytelności z tytułu nienależytego wykonania robót budowlanych. Zwrócić należy uwagę, iż Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 listopada 2015r. V CSK 124/15 Lex nr 1846475 wskazał, że podwykonawca może domagać się od inwestora zapłaty pieniędzy, które główny wykonawca zatrzymał jako kaucję gwarancyjną. Również w wyroku z dnia 9 maja 2017 r. V ACa 173/17 Sąd Apelacyjny w Katowicach wyraził pogląd, że zatrzymywana kwota nie traci swojego charakteru wynagrodzenia, zostaje jedynie przesunięty wola stron termin jej wymagalności. Nie dochodzi wtedy do wydania określonej kwoty, ale do odroczenia terminu jej zapłaty. Sąd w niniejszej sprawie podziela drugi pogląd, zgodnie z którym pomimo zatrzymania jest to nadal część wynagrodzenia, tylko termin jego zapłaty został odroczony, w związku z możliwym wystąpieniem wad i usterek i powstaniem kosztów ich naprawy i inwestor ponosi odpowiedzialność również za zapłatę wynagrodzenia w tej części.

W przedmiotowej sprawie strony nie zawarły odrębnego stosunku umownego, a jedynie w ramach istniejącej umowy ustaliły, iż część należnego wynagrodzenia nie będzie wypłacona powodowi od razu, ale dopiero po zaistnieniu określonych okoliczności i z kwoty tej wykonawca będzie mógł zaspokoić swoje ewentualne roszczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Było to zatem dodatkowe zastrzeżenie umowne zawarte w umowie o roboty budowlane, które było w pełni dopuszczalne, z uwagi na obowiązującą swobodę umów. W ocenie Sądu zatrzymane przez pozwanego ad. 1 kwoty nie utraciły swojego pierwotnego charakteru wynagrodzenia umownego. Przysługujące powodowi roszczenie dotyczy zapłaty pozostałej części wynagrodzenia, a nie zwrotu kwot wpłaconych wykonawcy, jako gwarancja. Powód swoje roszczenia wywodził z obu umów i dotyczyły one wynagrodzenia za wykonane prace. Bez znaczenia w tym zakresie pozostawały przyczyny niedokonania zapłaty. Inna interpretacja prowadziłaby do nieuzasadnionego ograniczenia odpowiedzialności inwestora, względem podwykonawcy, który ponosi odpowiedzialność za zapłatę całego wynagrodzenia. Nie budziło wątpliwości, że w tym zakresie powód prace wykonał, a nie otrzymał zapłaty również od pozwanego ad. 1, co uzasadniało uwzględnienie powództwa w tej części.

Zasadnym pozostawało również żądanie pozwu w zakresie dotyczącym kwoty 69.347,40 zł tytułem robót wykonanych i niezafakturowanych. Okoliczność, iż nie zostały wystawione faktury na tą część prac, nie może być samodzielną podstawą do oddalenia powództwa. W ocenie Sądu uwzględnić należy bowiem okoliczności sprawy, w tym złożenie, zarówno przez pozwanego ad. 1, jak i pozwanego ad. 2 oświadczeń o odstąpieniu od umowy. Sąd w toku tego postępowania nie był władny do oceny, które z tych oświadczeń o odstąpieniu od umowy było skuteczne. Istotnym pozostaje, iż okoliczności te wpłynęły na obiektywny brak możliwości sporządzenia protokołów odbiorowych, które były niezbędne dla wystawienia faktur częściowych i końcowej. Nie można jednak pominąć okoliczności, że biegły w swojej opinii potwierdził wykonanie prac w całości. Nie ma w ocenie Sądu znaczenia, że powód w pozwie dokładnie nie wskazał za jakie konkretnie prace domaga się w tej części wynagrodzenia. Wystarczające było bowiem dokonanie stosownych obliczeń przez Sąd. Biegły uznał prace powoda objęte obu umowami za wykonane w całości, a zatem zasadne jest pełne wynagrodzenie. Wynagrodzenie z obu umów wynosiło 1.332,090 zł brutto (1.083.000 zł netto), tymczasem wynagrodzenie objęte wystawionymi fakturami wynosiło 1.258.536 zł brutto. Oznacza to, iż powód nie objął fakturami kwoty 73.554 zł. Tymczasem pozwem dochodzi jedynie kwoty 69.347,40 zł, a więc kwoty mniejszej niż pozostała część wynagrodzenia umownego.

Ostatnim elementem żądania pozwu była kwota 9.409,50 zł tytułem robót dodatkowych. Wprawdzie biegły w swojej opinii potwierdził wykonanie prac dodatkowych, nieobjętych w/w umowami, jak również ustalił ich wartość na kwotę 10.140,66 zł, nie mniej w tym zakresie nie było to wystarczające dla uwzględnienia powództwa. Skoro bowiem roboty te nie wynikały ze wspomnianych dwóch umów, to nie dotyczyła ich milcząca akceptacja ze strony pozwanego ad. 2, o której mowa była powyżej. Na powódzie zgodnie z art. 6 k.c. spoczywał ciężar wykazania, że pozwany ad. 2 wiedział, że powód wykonuje prace dodatkowe, jakie i za jaką kwotę. Na tą okoliczność powód nie zaoferował żadnych wiarygodnych dowodów, a tym samym brak jest podstaw do przyjęcia okoliczności akceptacji ze strony pozwanego ad. 2. Zasądzenie powyższej kwoty w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu również nie było możliwe, gdyż powód nie wykazał stanu wzbogacenia pozwanego ad. 2, czyli tego, że w zakresie wykonania w/w prac pozwany ad. 2 nie zapłacił wynagrodzenia pozwanemu ad. 1. W konsekwencji w tym zakresie Sąd oddalił powództwo, bez szczególnego rozważania kwestii, czy prace te zostały w pełni wykonane.

Mając na uwadze powyższe Sąd uznał, iż roszczenia powoda były zasadne co do kwoty 278.897,54 zł. Powód wykazał, iż pozwany ad. 2 wiedział, że powód jest jego podwykonawcą oraz znał zakres i warunki wykonywania przez powoda prac w oparciu o obie wskazane wcześniej umowy. Powód wykazał również, iż w zakresie określonym w pozwie prace zostały przez niego wykonane bez wad. Wobec braku zapłaty przez generalnego wykonawcę – pozwanego ad. 1, koniecznym było zasądzenie wspomnianej kwoty od pozwanego ad. 2 jako inwestora, oddalając jednocześnie powództwo w pozostałym zakresie.

O odsetkach Sąd orzekł na podstawie art. 481 k.c., uznając, iż pozwany ad. 2 pozostawał w zwłoce z zapłatą od dnia wniesienia pozwu. Powód co do części roszczenia z faktury odwoływał się do daty zapłaty tej faktury, ale w ocenie Sądu nie był to termin wiążący dla pozwanego ad. 2, gdyż pozwany ad. 2 nie łączył z powodem stosunek umowy. Odpowiedzialność pozwanego wynika z ustawy, a zatem dla powstania stanu wymagalności konieczne było wezwanie do zapłaty. Powód nie przedłożył stosownego wezwania wraz z dowodem jego doręczenia pozwanemu ad. 2, a zatem funkcję wezwania spełnić musiał pozew złożony w niniejszej sprawie. W konsekwencji koniecznym było zasądzenie od całości wskazanej powyżej kwoty odsetek od dnia wytoczenia powództwa i oddalenie powództwa w pozostałym zakresie.

Z uwagi, iż odpowiedzialność pozwanego ad. 1 została potwierdzona prawomocnym wyrokiem częściowym Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 18 grudnia 2014r., a odpowiedzialność obu pozwanych miała charakter solidarny, koniecznym było dokonanie w wyroku zastrzeżenia o warunkach solidarnej odpowiedzialności pozwanych, zarówno co do roszczenia głównego, jak odsetek i kosztów procesu.

W zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania Sąd oparł się na przepisach art. 100 k.p.c. w myśl którego, w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań koszty będą wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone; sąd może jednak włożyć na jedną ze stron obowiązek zwrotu wszystkich kosztów, jeżeli jej przeciwnik uległ tylko co do nieznacznej części swego żądania albo, gdy określenie należnej mu sumy zależało od wzajemnego obrachunku lub oceny sądu oraz art. 98 § 3 k.p.c., zgodnie brzmieniem którego do kosztów celowego dochodzenia praw i celowej obrony należą dla strony reprezentowanej przez adwokata wynagrodzenie nie wyższe niż stawki określone w odrębnych przepisach i wydatki jednego adwokata, koszty sądowe oraz koszty nakazanego przez sąd osobistego stawiennictwa strony.

W niniejszej sprawie powód wygrał proces w 97 %, a pozwany ad. 2 w 3 %. Konsekwencją powyższego było obciążenie pozwanego ad. 2 kosztami postępowania w całości, pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie orzeczeniu referendarza sądowego.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł pozwany ad.2, który zaskarżając wyrok w części, tj. w pkt 1 i3 podniósł zarzuty: błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku; naruszenie prawa procesowego, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, tj. art. 231 kpc oraz art. 233par.1 kpc w zw. z art. 227kpc oraz naruszenie prawa materialnego tj. art.451 oar,2 kc poprzez jego błędne niezastosowanie do oceny pisma pozwanego z dnia 27.11.2014r(o sposobie zarachowania wpłaty z dnia 23.04.2013r), naruszenie art. 65 par.1 i2 kc poprzez błędną wykładnię par. 6

ust.1 ,2 i 3 umowy nr 1 i 2 polegająca na przyjęciu, że kwota 102.320zł stanowiła element wynagrodzenia powoda , naruszenie art. 647<sup>1</sup>par. 5 kc ( w brzmieniu sprzed nowelizacji ) poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie ; naruszenie art. 19a ust.5 pkt.3 lit.a w zw. z art. 106i ust.3 pkt1 ustawy o podatku od towarów i usług poprzez ich błędne niezastosowanie do oceny zasadności roszczenia powoda o zapłatę kwoty 12.967,49 tytułem podatku Vat dochodzonego przez powoda w ramach wierzytelności opisanej jako roboty niezafakturowane.

Z powołaniem na powyższe zarzuty apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa wobec pozwanego ad.2 w całości oraz obciążenie powoda kosztami procesu za obie instancje , ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy sadowi I instancji do ponownego rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania apelacyjnego.

Powód wniósł o oddalenie apelacji i obciążenie pozwanego ad.2 kosztami postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje :

Apelacja pozwanego ad.2 nie zasługiwała na uwzględnienie. Wbrew podniesionym zarzutom , Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i na ich podstawie wywiódł trafne wnioski, które to ustalenia i wnioski Sąd Apelacyjny na podstawie art. 382kpc w całości przyjmuje jako własne, co czyni zbędnym ponowne ich powoływanie.

Obszerne wywody apelacji wskazujące na błędne- w opinii skarżącego- ustalenia faktyczne w zakresie zasadności żądań powoda , w istocie stanowią polemiczny wywód wobec oceny dowodów dokonanej przez sąd I instancji.

W ocenie Sądu Odwoławczego zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. sformułowany przez apelującego okazał się niezasadny.

Wskazać należy, że stosownie do treści przepisu art. 233 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Taka ocena, dokonywana jest na podstawie przekonań sądu, jego wiedzy i posiadanego doświadczenia życiowego, a nadto winna uwzględniać wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i - wając ich moc oraz wiarygodność - odnosi je do pozostałego materiału dowodowego.

Przepis art. 233 § 1 k.p.c. jest naruszony, gdy ocena materiału dowodowego koliduje z zasadami doświadczenia życiowego lub regułami logicznego wnioskowania. Jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać choćby w równym stopniu na podstawie tego materiału dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych, praktycznych związków przyczynowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona. Nie można Sądowi dokonującemu oceny materiału procesowego postawić skutecznie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nawet jeśli z tego samego materiału procesowego można równolegle wyprowadzić odmienne wnioski, co do przebiegu okoliczności istotnych dla sprawy, o ile ocena sądowa nie narusza wzorca określonego art. 233 § 1 k.p.c.

Zwalczanie ustaleń faktycznych Sądu i związanej z tym oceny materiału dowodowego może następować tylko poprzez argumenty natury jurystycznej, wykazanie jakie kryteria oceny naruszył Sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności lub mocy dowodowej lub niesłusznie im ją przyznając, a takowych apelacja pozwanego nie zawiera.

Uzasadniając powyższy zarzut strona skarżąca ograniczyła się praktycznie jedynie do wskazania swojego poglądu w przedmiotowym zakresie, zwłaszcza w odniesieniu do ustaleń sądu w zakresie wiedzy inwestora o wykonywaniu przez powoda robót budowlano –montażowych na podstawie umów zawartych z (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. . Zarzuty dotyczące wadliwych ustaleń faktycznych są niezasadne przede wszystkim z tego względu, że nie podniesiono

merytorycznych zarzutów względem przeprowadzonego postępowania dowodowego. Zaś oczywistym jest, że błąd w ustaleniach faktycznych może nastąpić wyłącznie w konsekwencji błędnej oceny dowodów bądź niezasadnego pominięcia części materiału dowodowego. Zaznaczyć należy, że ustalenia faktyczne są konsekwencją uprzedniego dopuszczenia określonych dowodów, ich przeprowadzenia i następnie oceny. Stąd też nie jest uprawnione w ramach omawianego zarzutu odwoływanie się do stanu faktycznego, jaki w ocenie skarżącego winien w sprawie być ustalony, czy nawet jak wynika z treści apelacji ostatecznie został ustalony. Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omawiany zarzut nie podważa skutecznie ustalonych przez Sąd Okręgowy faktów, w rzeczywistości jest on w stosunku do nich wyłącznie polemiczny, będący wyrazem bardzo subiektywnej oceny toku postępowania przed sądem I instancji.

Sąd Okręgowy prawidłowo przeprowadził postępowanie dowodowe, w żaden sposób nie uchybiając przepisom prawa procesowego. Ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego nie budzi zastrzeżeń sądu drugiej instancji, nie narusza ani reguł logicznego myślenia, ani zasad doświadczenia życiowego, czy właściwego kojarzenia faktów. Sąd Okręgowy zebrał i rozważył dowody oraz ocenił je w sposób nie naruszający swobodnej oceny dowodów, uwzględniając w ramach tejże oceny zasady logiki i wskazania doświadczenia życiowego. Nie ma podstaw by podważać adekwatność dokonanych przez Sąd Okręgowy ustaleń do treści przeprowadzonych dowodów. Sąd Okręgowy dokonał oceny dowodów, a w dalszej kolejności skonfrontował z pozostałym materiałem. Pisemne motywy wyroku w należyty sposób wskazują na to, jaki stan faktyczny stał się podstawą jego rozstrzygnięcia oraz na jakich dowodach Sąd się oparł przy jego ustalaniu. Wyrazem subiektywnej i nieuzasadnionej oceny dowodów przez pozwanego, związanej z przyjętą taktyką procesową jest wielokrotne odwoływanie się i podnoszenie w związku z tym zarzutu naruszenia przepisów prawa procesowego w związku z wydaną opinią przez biegłego A. K. (1), która została oceniona przez Sąd Okręgowy jako nieprzydatna dla rozstrzygnięcia, albowiem biegły ten arbitralnie uznał, że akta sprawy nie pozwalają na odniesienie się do tezy zawartej w postanowieniu sądu o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego.

Sąd Apelacyjny wskazuje, że przejawem specyfiki środka dowodowego w postaci opinii biegłego jest to, że mimo, iż dowód ten, tak jak każdy inny, podlega ocenie według art. 233 § 1 k.p.c., to jednakże sfera merytoryczna opinii kontrolowana jest przez sąd, który nie posiada wiadomości specjalnych. W konsekwencji odwołanie się przez sąd dokonujący oceny dowodu z opinii biegłego, do takich kryteriów jak: zgodności opinii z zasadami logicznego myślenia, doświadczenia życiowego i wiedzy powszechnej, podstaw teoretycznych opinii, sposobu motywowania sformułowanego w niej stanowiska oraz stopnia stanowczości wyrażonych w niej ocen, a także poziomu wiedzy biegłego, stanowi wystarczające i należyte odniesienie się do wiarygodności dowodu z opinii biegłego sądowego (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2005 r., II CK 572/04, Lex numer 151656; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2002 r., V CKN 1354/00, Lex numer 77046; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2000 r., Lex numer 52544; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2000 r., I CKN 1170/98, OSNC 2001, z. 4, poz. 64). Z pewnością wydana w niniejszej sprawie opinia biegłego z dziedziny budownictwa dr inż. M. G. (1) wypełnia wyżej wskazane warunki. Wobec sporządzenia przez biegłego wyczerpującej i kompletnej opinii podstawowej, która następnie została uzupełniona w związku z zastrzeżeniami stron oraz z uwagi na to, że zawierała jednoznaczną odpowiedź na pytania zawarte w tezie dowodowej, brak jest podstaw do uznania, że zachodziła potrzeba powoływania nowego biegłego, a tym bardziej do konfrontowania jego wniosków z poglądem wyrażonym przez biegłego A. K.. Jak wynika z ustalonego już stanowiska judykatury sam fakt niezadowolona strona z treści wniosków zawartych w opinii biegłego sądowego, które pozostają w sprzeczności z prezentowanym przez tę stronę stanowiskiem procesowym nie może stanowić uzasadnionej podstawy do powoływania dowodu z opinii innych biegłych w oczekiwaniu, że podzielą one pogląd tej strony. Za całkowicie nieuzasadnione należało zaś uznać wnioski o przeprowadzenie konfrontacji biegłych, w sytuacji gdy opinia biegłego K. okazała się całkowicie nieprzydatna dla rozstrzygnięcia w tej sprawie i nie stanowiła podstawy jakichkolwiek ustaleń sądu I instancji.

Obszerna apelacja strony pozwanej w istocie podnosi wielokrotnie głównie zarzut błędów w ustaleniach faktycznych oraz związanych z tym naruszeń prawa procesowego polegających na błędnej zdaniem skarżącego ocenie dowodów, dokonanej z naruszeniem zasad wynikających z art. 233 par. 1kpc i to w odniesieniu do wszystkich zasądzonych zaskarżonym wyrokiem kwot.

Jak wskazano powyżej zarzuty te okazały się pozbawione uzasadnionych podstaw, zaś odnosząc się do ponoszonych kolejno kwestii, Sąd Apelacyjny uznał, że całkowicie polemiczny charakter mają wywody skarżącego dotyczące błędnych ustaleń sądu I instancji w zakresie solidarnej odpowiedzialności pozwanego za zapłatę wynagrodzenia powodowi za należyte wykonane roboty budowlane, których zakres oraz wartość zostały określone w umowach o nr : (...) o istnieniu których, jak wykazało przeprowadzone postępowanie dowodowe niewątpliwie miał wiedzę. Fakt zawiadomienia pozwanego ad.2, będącego inwestorem o wykonywaniu prac budowlano-montażowych przez powoda wynika z pism z dnia 7.08.2012r i 14.11.2012r, a ponadto potwierdzone zostało zeznaniami świadków, z których jednoznacznie wynika, że pracownicy powoda aktywnie uczestniczyli w procesie budowlanym, uczestnicząc m.in. w naradach z udziałem przedstawicieli inwestora. Ponadto, pozwany ad.2 nie przedstawił żadnych dowodów na to, że w jakiegokolwiek formie sprzeciwił się udziałowi powoda w procesie budowlanym. Zgodnie zaś z przepisami dotyczącymi odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy w okresie dotyczącym kiedy roboty budowlane były realizowane (lata 2012-2013) - do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Zgoda ta - jak zostało to należyte umotywowane i poparte stosownym orzecznictwem Sądu Najwyższego w uzasadnieniu sądu I instancji - może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny. Sąd Apelacyjny w całości podziela pogląd, że zgoda inwestora wyrażona w sposób dorozumiany na zawarcie umowy z podwykonawcą jest skuteczna gdy dotyczy konkretnych umów, których istotne postanowienia są znane inwestorowi, albo z którymi miał możliwość zapoznania się. W niniejszej sprawie pozwany ad.2 niewątpliwie - jak wynika z przeprowadzonego postępowania dowodowego - został zawiadomiony o zawarciu umów podwykonawczych z powodem i fakt ten akceptował. Obecne stanowisko pozwanego jest następstwem okoliczności za które powód nie ponosi odpowiedzialności, a które wyniknęły na tle odstąpienia od umowy przez pozwanego ad.1, a który uznał powództwo w niniejszej sprawie. O tym, że pozwany miał pełną wiedzę o wykonywaniu przez powoda konkretnych prac w charakterze podwykonawcy i zaakceptował go w tej roli dodatkowo świadczy fakt, że jeszcze przed wszczęciem procesu zapłacił dobrowolnie część należności w kwocie 450.000zł.

Nie zasługiwały również na uwzględnienie zarzuty dotyczące wysokości należnego powodowi wynagrodzenia oraz jakości i poprawności wykonanych prac.

Powołany w tej sprawie biegły M. G. nie tylko potwierdził ilość wykonanych i zafakturowanych prac, ale też wskazał, że wskazywane przez pozwanego usterki i wady nie miały cech istotnych, a przede wszystkim zostały niezwłocznie usunięte i nie miały wpływu na dalszy proces inwestycyjny. Podobnie - prawidłowo - została wyliczona przez biegłego wartość prac wykonanych i niezafakturowanych z przyczyn niezależnych od powoda. Wywody pozwanego zmierzające do zdyskwalifikowania opinii tego biegłego z odwoływaniem się do stanowiska biegłego, którego opinia okazała się nieprzydatna z uwagi na jej braki merytoryczne są całkowicie chybione. Całkowicie nieuzasadnione jest także podnoszenie zarzutu, że powód nie przedłożył dokumentacji projektowej, która niewątpliwie jest w posiadaniu pozwanego jako inwestora, tym bardziej, że jak wynika z opinii, zebrany w tej sprawie materiał dowodowy pozwolił na poczynienie niezbędnych ustaleń co do zakresu i jakości wykonanych przez powoda prac za które domagał się zapłaty wynagrodzenia. W świetle konkluzji opinii biegłego G. o całkowitym wykonaniu i braku wadliwości prac wykonanych przez powoda i braku na tę okoliczność dowodów przeciwnych, roszczenie powoda o zapłatę kwoty 107.230,14 zł (pozostałość z faktury FA (...)) oraz w zakresie dotyczącym kwoty 69.347,40zł (prace wykonane i niezafakturowane) w całości należało uznać za uzasadnione. Wprawdzie Sąd Okręgowy nie odniósł się do kwestii zarachowania kwoty 51.881,71zł, tym niemniej okoliczność ta pozostaje bez wpływu na ocenę zasadności żądania powoda, albowiem pozwany ad.2 ponosi odpowiedzialność solidarną z pozwanym ad.1 za zapłatę wynagrodzenia należnego powodowi zarówno z tytułu umowy z dnia 7.08.2012r jak i z dnia 24.09.2012r. Powoływane w apelacji oświadczenie o sposobie zarachowania tej kwoty, zawarte w piśmie z dnia 27.11.2014r należało uznać za pozbawione skutków prawnych wynikających z treści art. 451 kc. Zgodnie z tym przepisem uprawnienie dłużnika do wskazania, który dług chce zaspokoić, przysługuje mu wyłącznie przy spełnieniu świadczenia, a nie w dowolnym terminie, tak jak uczynił to pozwany ad.2. po upływie 1,5 roku. (Pozwany ad. 2 spełnił świadczenie w dniu 23.04.2013r, natomiast oświadczenie o zarachowaniu tej kwoty zostało wysłane do powódki 27.11.2014r). Niezależnie od tego podkreślić należy, że pozwany całkowicie pomija niekwestionowane ustalenie, że łączna wysokość wynagrodzenia powoda z tytułu obydwu umów podwykonawczych opiewała na kwotę 1.332.090zł brutto, natomiast zapłacone należności

wyniosły łącznie 1.037.659,05zł , stąd wywody o sposobie zarachowania kwoty 51.881.87zł pozostają bez wpływu na wysokość zobowiązania pozwanego ad.2 ustalonego w sentencji zaskarżonego wyroku.

W tym miejscu wskazać należy, że całkowicie dowolne są wywody apelującego dotyczące tych tzw. „robót niezafakturowanych”. Przyczyny dla których powód został pozbawiony możliwości zafakturowania tej części prac zostały opisane powyżej, zaś samo wystawienie bądź zaniechanie wystawienia faktury VAT nie ma decydującego znaczenia dla oceny faktu wykonania tych prac i ich wartości , zwłaszcza gdy powołany w tej sprawie biegły dokonał w tym zakresie poprawnej ich wyceny oraz potwierdził wykonanie. Całkowicie chybiony jest zarzut wobec powoda , że nie wystawił na te prace faktury , w sytuacji, gdy zarówno wykonawca (pozwany ad.1 ) jak i inwestor odstąpili od umowy . Na marginesie tylko wskazać należy, że wartość ta została ustalona przez biegłego na wyższym poziomie niż kwota 69.347,40 zł , dochodzona przez powoda. Zarzut naruszenia prawa materialnego przez sąd I instancji w zakresie dotyczącym stosowania przepisów ustawy o z dnia 11 marca 2004r o podatku od towarów i usług należało uznać za niezasadny, albowiem obowiązek odprowadzenia podatku obciąża jego płatnika . Niekwestionowanym jest , że powód z przyczyn od siebie niezależnych nie wystawił faktur Vat , stąd nie powstał obowiązek zapłaty należnego podatku, który zaktualizuje się dopiero po uzyskaniu zapłaty za wykonane i niezapłacone roboty budowlane .

Chybione okazały się również zarzuty dotyczące skuteczności domagania się zapłaty kwoty 102.320zł tytułem zwrotu kwoty zatrzymanej tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Sąd Apelacyjny w tym zakresie w całości podzielił pogląd wyrażony w cytowanym przez sąd I instancji postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 14.06.2018r- IV CSK 40/18 , że charakter prawny zabezpieczenia nazwanego kaucją gwarancyjną zawsze musi być oceniany przez pryzmat konkretnych postanowień umownych, a także stanowisko zgodnie z którym pomimo zatrzymania określonej kwoty tytułem kaucji gwarancyjnej, kwota ta nie traci charakteru części należnego wykonawcy wynagrodzenia , którego termin wypłaty został tylko odroczony na zasadach określonych w umowie. W rozpatrywanej sprawie powód i pozwany ad.1 w umowie ich łączącej w par.6 jednoznacznie postanowili, że na zabezpieczenie ewentualnych roszczeń pozwanego ad.1 w stosunku do powoda związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy , powód ustanowił na rzecz pozwanego ad.1 kwotę zabezpieczenia w łącznej wysokości 10% wynagrodzenia netto. W umowie tej zostały też w sposób jednoznaczny określone terminy po upływie których podwykonawca był uprawniony do żądania ich zwrotu. Terminy te niewątpliwie upłynęły, a powód żądając zapłaty kwot należnych z tego tytułu od pozwanego w pozwie był do tego uprawniony w związku z gwarancyjnym charakterem odpowiedzialności pozwanego ad.2 ,na co wskazywał Sąd Okręgowy w treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku, a dokonany wywód prawny w tym zakresie sąd odwoławczy w całości podziela .

Wobec bezzasadności podniesionych zarzutów zarówno w zakresie naruszenia prawa procesowego jak i materialnego i uznania braku podstaw do uzupełnienia postępowania dowodowego w zakresie postulowanym w apelacji , Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385kpc w całości oddalił apelację pozwanego ad.2 .

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 par. 1 i 3 kpc w zw. z art. 108 par.1 kpc , obciążając nimi w całości pozwanego zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z treści powołanych przepisów.

Ewa Blumczyńska Andrzej Daczyński Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga

--	--	--