

Niniejszy dokument nie stanowi doręczenia w trybie art. 15 zzs<sup>9</sup> ust. 2 ustawy COVID-19 (Dz.U.2021, poz. 1842)

Sygn. akt I AGa 176/19

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 września 2021 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Paweł Rygiel (spr.)
Sędziowie:	SSA Rafał Dzyr SSA Izabella Dyka
Protokolant:	starszy sekretarz sądowy Marta Sekuła

po rozpoznaniu w dniu 6 września 2021 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z o. o. w W. (poprzednio (...) spółka z o.o. w N.)

przeciwko B. B., Przedsiębiorstwu (...) spółce z o.o. w K., (...) spółce z o.o. spółce komandytowej w W. i (...) spółce z o.o. w K.

o zapłatę

oraz z powództwa (...) spółki z o. o. w W. (poprzednio (...) spółka z o.o. w N.)

przeciwko Przedsiębiorstwu (...) spółce z o.o. w K.

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej (...) spółki z o. o. w W. (poprzednio (...) spółka z o.o. w N.) oraz pozwanych B. B. i Przedsiębiorstwa (...) spółki z o.o. w K.

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 19 lutego 2019 r., sygn. akt IX GC 375/15

oraz na skutek apelacji pozwanego B. B.

od wyroku uzupełniającego Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt IX GC 375/15

1. **prostuje oznaczenie wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 14 maja 2019 r. poprzez dodanie po słowie: „wyrok” słowa: „uzupełniający”;**

2. **wyroкови Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 19 lutego 2019 r. nadaje treść:**

**I. zasądza solidarnie od pozwanych Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. w K., B. B., (...) Spółki z o.o. w K. i (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w W. na rzecz strony powodowej (...) spółki z o. o. w W. (poprzednio (...) spółka z o.o. w N.) kwotę 1.224.079,72**

**zł (jeden milion dwieście dwadzieścia cztery tysiące siedemdziesiąt dziewięć złotych 72/100) wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi za okres od dnia 14 marca 2015 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i dalszymi odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;**

**II. w pozostałej części powództwo o zasądzenie kwoty 1.225.532,39 zł oddala;**

**III. oddala powództwo o zasądzenie kwoty 1.276.125,42 zł skierowane przeciwko pozwanym (...) Spółki z o.o. w K. i (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w W.;**

**IV. znosi wzajemnie koszty procesu pomiędzy stroną powodową (...) spółką z o.o. w W. (poprzednio (...) spółka z o.o. w N.) a pozwanymi (...) Spółką z o.o. w K. i (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółką komandytową w W.;**

**V. zasądza od pozwanych Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. w K. i B. B. solidarnie na rzecz strony powodowej (...) spółki z o.o. w W. (poprzednio (...) spółka z o.o. w N.) kwotę 56.217 zł (pięćdziesiąt sześć tysięcy dwieście siedemnaście złotych) tytułem kosztów procesu;**

**VI. nakazuje ściągnąć od pozwanych Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. w K. i B. B. solidarnie na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 264,22 zł (dwieście sześćdziesiąt cztery złote 22/100) tytułem części brakujących kosztów sądowych;**

**VII. nakazuje ściągnąć od strony powodowej (...) spółki z o.o. w W. (poprzednio (...) spółka z o.o. w N.), z zasądzonego w pkt I roszczenia, na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 264,22 zł (dwieście sześćdziesiąt cztery złote 22/100) tytułem części brakujących kosztów sądowych;**

**VIII. uchyla w całości nakaz zapłaty wydany w postępowaniu nakazowym przez Sąd Okręgowy w W. w dniu 19 stycznia 2016 r., sygn. akt (...) i powództwo oddala;**

**IX. zasądza od strony powodowej (...) spółki z o.o. w W. (poprzednio (...) spółka z o.o. w N.) na rzecz strony pozwanej Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. w K. kwotę 17.217 zł (siedemnaście tysięcy dwieście siedemnaście złotych) tytułem kosztów procesu;**

**X. nakazuje ściągnąć od strony powodowej (...) spółki z o.o. w W. (poprzednio (...) spółka z o.o. w N.), z zasądzonego w pkt I roszczenia, na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 37.855 zł (trzydzieści siedem tysięcy osiemset pięćdziesiąt pięć złotych) tytułem brakujących części opłaty od zarzutów, od uiszczenia której strona pozwana była zwolniona;**

**3. zmienia zaskarżony wyrok uzupełniający z dnia 14 maja 2019 r. w ten sposób, że nadaje mu treść:**

**I. uzupełnia wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 19 lutego 2019 r., sygn. akt IX GC 375/15, w ten sposób, że oddala powództwo o zasądzenie kwoty 1.276.125,42 zł skierowane przeciwko B. B. i zasądza od strony powodowej (...) spółki z o.o. w W. (poprzednio (...) spółka z o.o. w N.) na rzecz B. B. kwotę 7.200 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem kosztów procesu;**

**II. w pozostałej części wnioszek o uzupełnienie wyroku oddala.**

**4. w pozostałej części oddala apelacje strony powodowej (...) spółki z o.o. w W. (poprzednio (...) spółki z o.o. w N.) oraz pozwanych B. B. i Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. w K. od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 19 lutego 2019 r.;**

**5. zasądza od strony powodowej (...) spółki z o. o. w W. (poprzednio (...) spółka z o.o. w N.) na rzecz B. B. kwotę 63.807 zł (sześćdziesiąt trzy tysiące osiemset siedem złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;**

**6. w pozostałej części koszty postępowania apelacyjnego między stronami wzajemnie znosi.**

**7. nakazuje ściągnąć od strony powodowej (...) spółki z o. o. w W. (poprzednio (...) spółka z o.o. w N.), z zasądzonego w pkt I wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 19 lutego 2019 r. roszczenia, na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Apelacyjnego w Krakowie kwotę 916,31 zł (dziewięćset szesnaście złotych 31/100) tytułem wydatków na koszty opinii uzupełniającej sporządzonej w postępowaniu apelacyjnym.**

SSA Izabella Dyka SSA Paweł Rygiel SSA Rafał Dzyr

sygn. akt I AGa 176/19

## UZASADNIENIE

wyroku z dnia 23 września 2021 r.

Wyrokiem z dnia 19 lutego 2019 r. Sąd Okręgowy:

1. zasądził solidarnie od pozwanych B. B. i Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w K. na rzecz strony powodowej (...) sp. z o.o. w N. kwotę 1.225.532,39 zł. z odsetkami ustawowymi liczonymi za okres od dnia 14 marca 2015 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku i dalszymi odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty oraz rozliczył między tymi pozwanymi koszty procesu;

2. oddalił powództwo w stosunku do stron pozwanych (...)sp. z o.o. sp. k. w W. i (...)sp. z o.o. w K. oraz zasądził od strony powodowej na rzecz tych pozwanych koszty procesu;

3. rozliczył koszty sądowe;

4. utrzymał w całości w mocy nakaz zapłaty wydany przez Sąd Okręgowy w W. w dniu 19 stycznia 2016 roku (sygn. akt (...))

Wyrokiem z dnia 14 maja 2019 r. Sąd Okręgowy uzupełnił wyżej opisany wyrok z dnia 19 lutego 2019 roku w ten sposób, że: dodał punkt V wyroku, którym:

1. zasądził od pozwanego B. B. na rzecz strony powodowej (...) Sp. z o.o. w N. kwotę 1.276.125,42 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 16 października 2014 roku do dnia zapłaty – solidarnie z Przedsiębiorstwem (...) Sp. z o.o. w K., co do którego obowiązek zapłaty wynika z nakazu zapłaty Sądu Okręgowego w W. z dnia 19 stycznia 2016 roku (sygn. akt (...))

2. rozliczył koszty procesu i koszty sądowe.

Wydane w sprawie orzeczenia związane były z roszczeniem zgłoszonym przez powodową spółkę (...) Sp. z o.o. w N., którym powódka domagała się zasądzenia od pozwanych B. B., Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w K., (...)sp. z o.o. sp. k. w (...) sp. z o.o. w K. łącznie kwoty w wysokości 2.501.657,39 zł, z czego kwota 1.276.125 zł wynikała z faktury Vat nr (...) z dnia 3 września 2014 r., a kwota 1.225.532,39 zł – z faktury z dnia 30 stycznia 2015 r. nr (...).

Zważyć przy tym należy, że pierwotnie strona powodowa domagała się zapłaty wyłącznie pierwszej z w/w kwot, by następnie rozszerzyć żądanie pozwu o dalszą kwotę 1.225.532,39 zł. Nadto w toku procesu strona powodowa cofnęła powództwo o zapłatę kwoty 1.276.125 zł w stosunku do jednego z pozwanych tj. Przedsiębiorstwa (...)Sp. z o.o. w K., by przeciwko temu pozwanemu wytoczyć oddzielne powództwo. Na skutek tego Sąd Okręgowy w W., w

sprawie(...), nakazem zapłaty z dnia 19 stycznia 2016 r. nakazał pozwanej Przedsiębiorstwo (...) Spółce z o.o. w K. aby zapłaciła stronie powodowej (...) Spółce z o.o. w N. kwotę 1.276.125,42 wraz z odsetkami i kosztami postępowania. Po wniesieniu zarzutów przez stronę pozwaną Sąd Okręgowy w W. stwierdził swoją niewłaściwość miejscową i przekazał sprawę do rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Krakowie, a ten ostatni połączył w/w sprawę do wspólnego rozpoznania ze niniejszą sprawą.

Wskazać także należy, że powodowa spółka swoje roszczenie skierowane do Przedsiębiorstwa(...) Sp. z o.o. w K. opierała na łączącym strony stosunku umownym, podstawą zaś żądania skierowanego przeciwko pozostałym pozwanym był przepis art. 647<sup>(1)</sup> k.c.

Podstawą wyrokowania przy wydaniu obu opisanych wyżej orzeczeń, były następujące ustalenia Sądu I instancji.

W pierwszej kolejności Sąd wskazał, że nie było sporu między stronami co do treści umowy łączącej powodową spółkę z pozwanym Przedsiębiorstwem (...)

Strona powodowa, jako podwykonawca, nie występowała do pozostałych pozwanych o wyrażenie zgody na zawarcie przedmiotowej umowy, jak też nie przekazała im tej umowy. Nadto pozwani (...) (...) sp. z o.o. sp. k. w W. i (...)sp. z o.o. w K. nie wyrazili formalnie zgody na zawarcie tak umowy podwykonawczej pomiędzy Przedsiębiorstwem (...) Sp. z o.o. w K. a B. B., jak i dalszej umowy podwykonawczej ze spółką (...). Nie byli też zapoznani z warunkami finansowymi, na jakich powodowa spółka realizowała umowę podwykonawczą.

Dalej Sąd wskazał, że pozwany B. B. był prezesem zarządu pozwanego Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w K..

Pracownicy strony powodowej prowadzili roboty budowlane, a jej przedstawiciele uczestniczyli w naradach technicznych. Przedstawiciele inwestora wiedzieli, że strona powodowa będzie wykonywała palisadę, gdyż pozwany ad.2. nie posiadał specjalistycznego sprzętu, jakkolwiek powodowa spółka nie była formalnie zgłoszona jako podwykonawca.

Plac budowy był przekazywany sukcesywnie stronie powodowej w dniach od 3 sierpnia 2014 r. do dnia 11 września 2014 r. Teren ten został przy tym przekazany w innym stanie niż wskazano to w umowie. Na budowie były zakłócenia w zakresie zapewnienia dostawy energii elektrycznej oraz problemy z jej dostarczeniem. W trakcie realizacji prac doszło też do zmiany koncepcji przez projektanta, co spowodowało, że został zwiększony obszar palisady, który miał być docelowo odkryty. Były również zmiany dotyczące wykonania oczepu.

Pracownicy strony powodowej nie byli od dnia 20 października 2014 r. wpuszczani na teren budowy.

Pozwana spółka Przedsiębiorstwo (...)sp. z o.o. w K. nie zakończyła całości prac. Sam obiekt w postaci hotelu został oddany do użytkowania.

Powodowa spółka, za wykonane prace, wystawiła dwie faktury: fakturę z dnia 3 września 2014 r. nr (...) na kwotę 1.276.125,00 zł brutto oraz fakturę z dnia 30 stycznia 2015 r. nr (...) na kwotę 1.225.532,39 zł – przy czym kwota drugiej faktury została obniżona o wartość uzasadnionych prac naprawczych, czyli o kwotę 75.132,20 zł netto.

Sąd ustalił także, że palisada wykonana przez stronę powodową spełnia swoje zadania, jakkolwiek wymagała ona prac naprawczych w zakresie oczyszczania naddatków betonu. Wykonana przez stronę powodową palisada posiadała nieprawidłowości w postaci zmiany geometrii jej posadowienia, ponadnormatywnych odchyłek. Koszt wykonania prac naprawczych zaproponowany przez stronę powodową (75.132,20 zł netto) pozwalał na wykonanie niezbędnych prac naprawczych.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy uznał za zasadne roszczenia zgłoszone w obu połączonych sprawach.

Roszczenia skierowane przeciwko pozwanemu Przedsiębiorstwu (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. znajduje oparcie w treści art. 647 k.c. oraz łączącej strony umowie. Powodowa spółka spełniła bowiem swoje świadczenie, przy czym jego

wysokość została ograniczona w związku z tym, że wykonany przedmiot umowy miał wady. Wady te nie były przy tym tego rodzaju, aby doprowadziły do stwierdzenia, iż nie doszło do wykonania zobowiązania. Wykonana palisada została odebrana w ramach inwestycji, a cała inwestycja w postaci budynku hotelu została dopuszczona do użytkowania.

Wysokość należnego stronie powodowej świadczenia wynikała z umowy oraz wystawionych w ramach jej wykonania faktur, przy czym kwota drugiej faktury została obniżona o wartość uzasadnionych prac naprawczych, czyli o kwotę 75.132,20 zł netto.

Za bezzasadny Sąd uznał zarzut pozwanych, jakoby mieli prawo obniżenia wynagrodzenia tj. o kwotę 1.277.577,67 zł, jako kosztów wykonania zastępczego. W tym zakresie Sąd odwołał się do opinii biegłego, którą zinterpretował w ten sposób, iż koszt niezbędnych napraw ograniczał się do prac o wartości 75.132,20 zł netto. Sąd podkreślił, że zgodnie z § 7 pkt 5 umowy pozwany miał prawo do odmowy zapłaty tylko takiej części wynagrodzenia, jaka stanowiła równowartość kosztów prac naprawczych lub wymiany. Wskazał, odwołując się do § 9 pkt. 1 umowy, że pozwany zlecający roboty nie wykazał, aby wzywał do naprawy wykonanych prac stroną powodową.

Za bezzasadne Sąd uznał także zarzuty pozwanych odwołujące się do naliczenia powodowej spółce kar umownych i ich potrącenia z wierzytelnością powoda. Pozwani nie wykazali bowiem zasadności naliczenia tych kar. Nadto, nawet jeżeli istniałyby podstawy do naliczenia kary, to strona powodowa podniosła zarzut ich miarkowania. W sytuacji, gdy powodowa spółka wykonała swoje zobowiązanie w taki sposób, który spełnia swój cel (gdyż palisada chroni budynek hotelowy, który został dopuszczony do użytkowania), to istniałyby podstawy do miarkowania przedmiotowej kary.

Co do roszczenia skierowanego przeciwko pozostałym pozwany Sąd uznał, iż spełnione są przesłanki art. 647<sup>(1)</sup> k.c. wyłącznie w stosunku do pozwanego B. B.. Po odwołaniu się do treści tego przepisu oraz jego wykładni, Sąd wskazał, że pozwany B. B. prowadzi działalność gospodarczą jako osoba fizyczna pod firmą Przedsiębiorstwo (...) pełniąc jednocześnie funkcje prezesa zarządu pozwanego Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w K.. Tym samym świadomość organów osoby prawnej pokrywa się ze świadomością członków tych organów, będących osobami fizycznymi. Pozwany B. B. musiał mieć zatem świadomość zawarcia umowy między stroną powodową a pozwanym ad. 1, zarówno, co do faktu samej umowy, jej treści oraz warunków finansowych, kształtujących odpowiedzialność pozwanego ad.1.

Za bezzasadne uznał natomiast Sąd roszczenia skierowane przeciwko pozostałym pozwany. W sprawie nie wykazano, by podmioty te wyraziły zgodę na zawarcie umowy podwykonawczej między pozwany B. B. i spółką Przedsiębiorstwo (...), a tym bardziej, że wyrazili zgodę na zawarcie kolejnej umowy podwykonawczej – ze stroną powodową. Natomiast sam fakt, że pracownicy strony powodowej przebywali na budowie, a jej przedstawiciele brali udział w naradach, nie oznacza, że pozostali pozwani wyrazili dorozumianą zgodę na zawarcie umowy podwykonawczej.

Od opisanego wyżej wyroku z 19 lutego 2019 r. apelacje wnieśli: strona powodowa oraz pozwani B. B. i Przedsiębiorstwo(...) Spółka z o.o. w K..

Strona powodowa, zaskarżając wyrok w części oddalającej powództwo wobec pozwanych (...) Spółce z o.o. w K. oraz (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w W. oraz w zakresie kosztów procesu, wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez zasądzenie także od tych pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwot 1.276.125 zł i 1.225.532,39 zł z ustawowymi odsetkami oraz o zasądzenie od pozwanych kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, za obie instancje, ewentualnie – o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie w tym zakresie sprawy Sądowi i instancji do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania.

Strona apelująca zarzuciła naruszenie przepisów postępowania, tj.

- art. 203 k.p.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że powód cofnął pozew wobec w/w pozwanych, podczas gdy powód takiego oświadczenia nie złożył;

- art. 328 § 2 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie i sporządzenie uzasadnienia wyroku bez wskazania, jak zostały przez Sąd ocenione dowody nie wskazane w uzasadnieniu, czy Sąd wziął je pod uwagę, a także z jakich przyczyn nie stanowiły one podstawy wyroku;

- art. 244 § 2 k.p.c. w zw. z art. 45 ust.1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane poprzez jego niezastosowanie i nie uznanie dowodu z dokumentu urzędowego jakim jest dziennik budowy za dowód zapisanych tam faktów, w tym, że powód był podwykonawcą robót budowlanych dokonującym wpisu w dzienniku budowy;

- art. 245 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i nieuwzględnienie przy orzekaniu dokumentów prywatnych w postaci: 1/ protokołów narad budowy, wskazujących, że powód był zgłaszany do pozwanych jako podwykonawca robót, a pozwani znali zakres jego prac oraz wysokość wynagrodzenia; 2/ korespondencji mailowej pomiędzy przedstawicielami stron, z której wynika, że powód przesłał projekt zabezpieczenia wykopu również do członka zarządu pozwanego ad. 3);

- art. 232 k.p.c. w zw. z art. 647<sup>1</sup> k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że powód nie wywiązał się z obowiązku udowodnienia okoliczności, z której wywodzi skutki prawne, w postaci wykazania zgłoszenia go jako podwykonawcy do pozwanych ad.3) i ad.4);

- art. 233 § 1 i 2 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, dokonanej wybiórczo, wbrew zasadom logiki i doświadczenia życiowego, polegającej na pominięciu oceny dowodów z dokumentów;

- art. 229 k.p.c. poprzez uznanie, że bezsporne między stronami było, iż: 1/ strona powodowa nie występowała do pozwanych ad. 2-4) o wyrażenie zgody na zawarcie umowy jako podwykonawca; 2/ strona powodowa nie przekazała umowy pozwany ad. 2-4); 3/ pozwani nie wyrazili formalnie zgody na zawarcie umów podwykonawczych; 4/ pozwani nie byli zapoznani z warunkami finansowymi, na jakich strona powodowa realizowała umowę;

- art. 98 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że powód przegrał wobec pozwanych (...) Spółce z o.o. w K. oraz (...)Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w W. z uwagi na cofnięcie powództwa wobec tych pozwanych, a tym samym zasądzenie od powoda na rzecz w/w pozwanych zwrotu kosztów procesu, podczas gdy powód nie cofnął powództwa wobec tych pozwanych;

- art. 98 k.p.c. w zw. z art. 130<sup>4</sup> k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i nie dokonanie prawidłowego rozliczenia zaliczki na poczet opinii biegłego.

Strona powodowa zarzuciła także naruszenie prawa materialnego tj. art. 647<sup>1</sup> k.c. poprzez:

- błędną jego interpretację i uznanie, że do przyjęcia odpowiedzialności przez inwestora za wynagrodzenie podwykonawcy niezbędna jest aktywność podwykonawcy w postaci formalnego zgłoszenia, podczas gdy z przepisu tego to nie wynika;

- jego niezastosowanie w sytuacji, gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż powód został zgłoszony do pozwanych (...) Spółki z o.o. w K. oraz (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w W. jako podwykonawca, a pozwani nie zgłosili sprzeciwu w ustawowym terminie.

Pozwani B. B. i Przedsiębiorstwo (...)Spółka z o.o. w K. zaskarżyli wyrok w części uwzględniającej wobec nich powództwo, zarzucając naruszenie przepisów postępowania, a to:

- art. 232 zd. 1 k.p.c. poprzez: błędne przyjęcie, że pozwani nie sprostali spoczywającemu na nich obowiązkowi wykazania wezwania strony powodowej do naprawy wadliwie wykonanej palisady; błędne przyjęcie, że pozwani nie wykazali zasadności istnienia roszczenia o zapłatę kary umownej, a strona powodowa wykazała okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, a które skutkowały wykonaniem przez nią robót w opóźnieniu oraz błędne przyjęcie,

iż powodowa spółka wykazała swoje roszczenie co do wysokości, w sytuacji gdy nie przedstawiła w tym względnie materiału dowodowego;

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

a) brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i stwierdzenie, że zeznania I. D. i Z. S. są niewiarygodne, albowiem pozostają w sprzeczności z zeznaniami pozostałych świadków;

b) brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i stwierdzenie, że zeznania B. B. są niewiarygodne, albowiem sprowadzały się do zaprzeczenia niekorzystnym okolicznościom w sytuacji, gdy zeznania te są zbieżne z pozostałymi zeznaniami świadków jak i wnioskami, jakie można wyprowadzić z innych dowodów;

c) uznanie, iż koszt doprowadzenia palisady do stanu określonego w umowie zawartej pomiędzy powodem a pozwanym ad. 1) został określony przez biegłego na kwotę 75.132,20 zł, podczas gdy z opinii biegłego wynika jednoznacznie, iż poniesienie przez pozwanego ad.2) kosztów za wykonanie prac naprawczych w wysokości 1.277.577,67 zł brutto jest uzasadnione;

d) wadliwą ocenę całokształtu materiału dowodowego i uznanie, że stronie pozwanej ad.1) nie przysługiwało prawo naliczenia kary umownej, jak i kara ta została nieprawidłowo wyliczona, podczas gdy to strona powodowa eskulpując się od odpowiedzialności za opóźnienie winna przedstawić zdarzenia, które miały wpływ na usprawiedliwione przesunięcie terminu umownego określonego na 8 września 2014 r.

Pozwani zarzucili także naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

- art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. poprzez uznanie, iż pozwany ad.2) odpowiada solidarnie z pozwanym ad.1) za wynagrodzenie strony powodowej w sytuacji, gdy nie zostało wykazane, iż pozwany ten wyrażał zgodę za zawarcie umowy pomiędzy stroną pozwaną ad. 1) a powodową spółką, a nadto – z ostrożności procesowej – przez uznanie, iż pozwany ad. 2) odpowiada solidarnie ze stroną pozwaną ad.1) również za odsetki za opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia powodowej spółki;

- art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 636 § 1 k.c. poprzez ich zastosowanie i uznanie, iż stronie pozwanej ad.1) nie przysługiwało uprawnienie do zlecenia wykonawstwa zastępczego naprawy wadliwej palisady, pomimo tego, że powodowa spółka została skutecznie wezwana do zmiany sposobu wykonywania palisady przez pozwanego ad.1) – co wobec bezskutecznego wezwania uzasadniało w ostateczności obniżenie wynagrodzenia powodowej spółce o wartość prac naprawczych w kwocie 1.277.577,67 zł;

- art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 638 § 1 zd.1 k.c. zw. z art. 560 § 1 zd.1 k.c. w zw. z art. 560 § 3 k.c. poprzez uznanie, iż pozwany ad.1) nie mógł dokonać obniżenia wynagrodzenia powoda po wykonaniu robót, gdyż nie był on wezwany do wykonania prac;

- art. 484 § 2 k.c. poprzez dokonanie miarkowania kary umownej nałożonej na stronę powodową do „zera” i stwierdzenie, iż strona powodowa wykonała swoje zobowiązanie w taki sposób, iż spełnia ono swój cel, a przyczyny opóźnienia nie leżały po jej stronie.

W konsekwencji podniesionych zarzutów pozwani wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie w stosunku do nich powództwa w całości oraz o obciążenie strony powodowej kosztami postępowania, ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania – w obu przypadkach przy zasądzeniu od strony powodowej kosztów postępowania apelacyjnego.

Pozwany B. B. wniósł także apelację od wyroku uzupełniającego z dnia 14 maja 2019 r., w której podniósł tożsame zarzuty co we wcześniejszej, opisanej wyżej apelacji. Wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie w stosunku do niego powództwa, ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy

Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania – w obu przypadkach przy zasądzeniu od strony powodowej kosztów postępowania apelacyjnego.

Strona powodowa oraz każdy z pozwanych wnieśli o oddalenie apelacji przeciwnika procesowego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Bezprzedmiotowy jest zarzut apelacyjny naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Skuteczność tego zarzutu ograniczona jest do sytuacji, w której treść uzasadnienia skarzonego wyroku uniemożliwia kontrolę instancyjną wydanego w sprawie orzeczenia. W systemie apelacyjnym, w którym Sąd II instancji jest sądem merytorycznym, a postępowanie odwoławcze jest kontynuacją postępowania przed sądem pierwszoinstancyjnym, uchybienia w formie uzasadnienia, nieprowadzące do trudności w identyfikacji motywów rozstrzygnięcia sprawy, nie mają znaczenia dla możliwości rozpoznania apelacji. W tym kontekście wskazać należy, że z treść uzasadnienia Sądu Okręgowego w oczywisty sposób wynika zakres dokonanych ustaleń oraz motywy, którymi kierował się Sąd przy dokonywaniu oceny prawnej. Natomiast sytuacja, w której skarżący podnosi brak wypowiedzi Sądu co do danej kwestii o znaczeniu faktycznym, procesowym bądź materialnoprawnym, może prowadzić jedynie do powołania się na naruszenie adekwatnego przepisu prawa procesowego bądź materialnego.

Zgodzić należy się z zarzutami wszystkich apelujących kwestionujących zakres dokonanych przez Sąd I instancji ustaleń faktycznych. Ustalenia te są fragmentaryczne, a zgromadzony w sprawie bogaty materiał dowodowy dawał podstawy do ustalenia dalej idących faktów bądź ich uszczegółowienia. Nadto brak wyartykułowania możliwych do zidentyfikowania okoliczności faktycznych utrudnia dokonanie rzetelnej oceny prawnej dochodzonych w sprawie roszczeń. Zważyć także należy, że szereg podniesionych przez apelujących zarzutów wynika właśnie z ogólnikowości ustaleń faktycznych, jak też przyjęte przez Sąd I instancji oceny prawne nie uwzględniają okoliczności wynikających z treści zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Po drugie, racje mają apelujący kwestionując część dokonanych ustaleń jako nie znajdujących pokrycia w treści przeprowadzonych dowodów. Tak jest m.in. z okolicznościami faktycznymi wynikającymi z opinii biegłego, dotyczącymi zakresu niezbędnych prac naprawczych wynikających z wad wykonanych przez podwykonawcę prac oraz ich wartości, skoro z opinii biegłego wprost wynika szerszy zakres niezbędnych napraw niż objętych kwotą 75.132,20 zł. Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z uzupełniającej, ustnej opinii biegłego.

Podobnie rzecz się ma z ustaleniami faktycznymi mającymi znaczenie dla oceny istnienia przesłanek określonych art. 647<sup>1</sup> k.p.c.

Powyższe uchybienia spowodowały, że Sąd Apelacyjny, po uzupełnieniu postępowania dowodowego poprzez odebranie od biegłego ustnej opinii oraz w oparciu o zgromadzony przed Sądem I instancji materiał dowodowy, poczynił i uzupełnił ustalenia faktyczne. W ramach tych ustaleń stwierdzić należy, co następuje.

Pozwany (...) sp. z o.o. Sp.k. w W. (pozwany ad.4) był inwestorem inwestycji obejmującej budowę budynku hotelowego położonego w D.. Pozwany ten zawarł z pozwanym (...) Spółką z o.o. w K. (pozwany ad.3) umowę o generalne realizowanie przedmiotowej inwestycji, a z kolei tego pozwanego łączyła z pozwanym B. B. (pozwany ad.2) umowa o generalne wykonawstwo inwestycji. B. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo (...) zawarł umowę o podwykonawstwo z pozwanym Przedsiębiorstwem (...) Spółką z o.o. w K. (pozwany ad.1).

W dniu 22 lipca 2014 r. pozwany ad.1) zawarł z powodową spółką kolejną umowę podwykonawczą, której przedmiotem było wykonanie części robót na spornej inwestycji, związanych z wykonaniem kotwiowej palisady z pali wierconych na odcinku 196 mb (przy czym palisada nie zapewnia szczelności) oraz wykonaniem mikropali i mikropali kotwiących dla posadowienia schodów terenowych, zgodnie z rozwiązaniem projektowym wraz z kosztem materiału, w tym: a/ opracowaniem projektu wykonawczo – technicznego, b/ jednorazową mobilizacją sprzętu, c/ wykonaniem palisady z pali wierconych wraz z kosztem materiału, d/ montażem oczepów stalowych pod kotwy tymczasowe, e/ wykonaniem mikropali oraz mikropali kotwiących wraz z kosztem materiału. W umowie (poprzez odwołanie się do oferty



stanowiącej integralną część umowy) wskazano, że termin zależny jest od dostarczenia kompletu dokumentacji z oświadczeniem o jej kompletności oraz pod warunkiem zgodności dostarczonej dokumentacji ze stanem faktycznym na budowie. Nadto zamawiający zobowiązał m.in. - w razie potrzeby - przełożenia i usunięcia wszystkich elementów znajdujących się w gruncie (łączy, kabli, kanałów, elementów starej zabudowy, głazów, drzew i in.) oraz pokrycia związanych z tym kosztów.

W umowie wskazano, że przekazanie miejsca realizacji powodowej spółce nastąpi w dniu 29 lipca 2014 r., rozpoczęcie prac nastąpi w dniu 30 lipca 2014 r., a ich zakończenie – w dniu 8 września 2014 r.

W § 4 ust. 2 umowy postanowiono, że zamawiający (przez kierownika budowy), po zgłoszeniu przez wykonawcę gotowości odbioru przedmiotu umowy, oceni prawidłowość wykonanych prac oraz ich zgodność z projektem i postanowieniami umowy; w przypadku stwierdzenia niezgodności wykonawca usunie niezgodności, stosownie do pisemnych uwag – wytycznych kierownika budowy. Z kolei w § 5 wskazano, że na pisemne zgłoszenie wykonawcy gotowości odbioru z wyprzedzeniem 2-ch dni, zamawiający zobowiązany jest przystąpić prace do odbioru (ust.1); wraz ze zgłoszeniem wykonawca ma przedłożyć dokumenty odbiorowe wymienione w projekcie wykonawczym (ust.2), zaś bezusterkowy protokół odbioru stanowić będzie potwierdzenie zakończenia realizacji.

W § 7 strony zawarły postanowienia co do wysokości wynagrodzenia (ust.1), a w ust. 2 wskazały, że wynagrodzenie to będzie płatne częściowo na podstawie faktur częściowych, a podstawą wystawienia faktury będzie wystawienie przez zamawiającego Przejściowego Świadczenia Płatności. Określiły, że świadectwo to stanowi dokument wystawiany na koniec miesiąca, określający kwotę wynagrodzenia za wykonane w danym miesiącu roboty – poprzedzony wnioskiem wykonawcy w postaci Rozliczenia, a rozliczenie ma wskazywać szczegółowo kwoty wraz z dokumentami uzasadniającymi, raportem o postępie prac, na podstawie zaakceptowanego i podpisanego przez przedstawiciela zamawiającego, kierownika budowy i inspektora nadzoru protokołu stanu zaawansowania robót. Postanowiono, że należne płatności zostaną zapłacone, chyba że jakakolwiek rzecz dostarczona lub praca zrobiona nie jest zgodna z umową. Wówczas kwota za te prace może być wstrzymana do czasu naprawy (wymiany). Jeżeli praca nie została wykonana lub została wykonywana niezgodnie z umową – zamawiający zawiadamia o tym wykonawcę, a wartość zapłaty w tej części zostaje wstrzymana.

W związku z tym w § 9 ust.1 wskazano, że jeżeli wykonawca opóźnia się w stosunku do terminów; jeżeli przedmiot umowy jest wykonywany w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, jeżeli wykonawca niewłaściwie wykonuje swoje obowiązki – to zamawiający wzywa wykonawcę do nadrobienia opóźnień, a w razie bezskuteczności wezwania może zlecić wykonanie prac innym podmiotom. W ust. 3 tego przepisu przewidziano, że w przypadku niewywiązywania się przez wykonawcę z powyższego obowiązku, zamawiający – na koszt wykonawcy – sporządza inwentaryzację robót, a następnie może wprowadzić nowego wykonawcę do dalszej realizacji robót. W takiej sytuacji dotychczasowy wykonawca poniesie dodatkowe koszty, jakie z tego tytułu powstaną dla Zamawiającego.

Z ust. 5 w/w postanowienia umownego wynika, że jeżeli dojdzie do rozwiązania umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy, to nastąpi rozliczenie wykonanych prac (inwentaryzacja), przy czym Zamawiający będzie uprawniony do potrącenia z kwotą wynikającą z rozliczenia kary umownej, odszkodowania bądź innych należności wynikających z umowy.

W § 8 strony zawarły postanowienia dotyczące kary umownej, w tym zastrzeżono karę za opóźnienie w wykonaniu umowy bądź usunięcia wad lub usterek przedmiotu umowy w wysokości 0,5 % kwoty wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia (pkt 1). W przypadku wadliwego wykonania przedmiotu umowy Zamawiający miał wezwać Wykonawcę do usunięcia naruszeń w wyznaczonym terminie nie dłuższym niż 7 dni, a po bezskutecznym jego upływie Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy – co wiązać się będzie z naliczeniem karu umownej w wysokości 10 % wartości umowy (pkt 2).

(dowód – umowa łącząca powodową spółkę z pozwanym ad.1) – k. 45)

Strony zawarły w dniu 28 sierpnia 2014 r. aneks do wyżej opisanej umowy, którym określiły, że w miejsce kotew tymczasowych powodowa spółka wykona kotwy stałe, co zapewni, że palisada będzie przenosić całe obciążenia ze strony skarp. W związku z tym wynagrodzenie wykonawcy podwyższono do kwoty 2.109.000 zł netto.

(dowód – aneks – k. 52)

W dniu 3 września 2014 r. strona powodowa wystawiła fakturę Vat nr (...), obejmującą roboty budowlane związane z wykonaniem pali (...), na kwotę 1.276.125 zł brutto, określając termin zapłaty na dzień 15 października 2014 r.

(dowód – faktura – k. 53)

W dniu 21 sierpnia 2014 r. spółka (...), w piśmie skierowanym do strony powodowej, stwierdziła wadę wykonania polegającą na znacznym przesunięciu pali zbrojeniowych od osi projektowanych, w wyniku czego niemożliwym ma być wykonanie górnego oczepu żelbetowego zgodnie z projektem wykonawczym, odbiór prac oraz dotrzymanie terminów umownych z inwestorem. W związku z tym wezwano Wykonawcę do pilnego przedstawienia rozwiązania problemu z podkreśleniem, że wynikłymi stąd niekorzystnymi konsekwencjami – zgodnie z zapisami umownymi – zostanie obciążona powodowa spółka. Powołano się także na uprzednio już sygnalizowane problemy dotyczące nierzetelnego i niewłaściwego wykonania przez powódkę prac budowlanych (pismo – k.63)

Z dalszej korespondencji stron wynika, że – zdaniem spółki (...) – przyczyną przesunięcia pali od osi palisady są występujące w gruncie przeszkody, których usunięcie miało być obowiązkiem Zamawiającego. (m.in. pismo z dnia 22.08.2014 – k.64, pismo z 2.10.2014 r. – k.72)

Z takim stanowiskiem nie zgodził się pozwany ad 1) utrzymując, że powstała wada jest wynikiem działań leżących po stronie Wykonawcy (pismo z dnia 1.09.2014 r. – k. 65). W piśmie tym wzywano spółkę (...) do podjęcia niezwłocznych i zdecydowanych działań mających na celu skrócenie czasu potrzebnego do zakończenia realizacji przedmiotu umowy. Ponownie wskazywano na nadmierne przesunięcia pali w stosunku do projektowanego położenia, jak również nadmierne zagłębienie zbrojenia pali. Z kolei w piśmie z dnia 26 września 2014 r. pozwany wskazał w sposób szczegółowy zakres wad podając, iż nienormowe wykonanie prac spowodowało znaczne dodatkowe koszty związane z wykonaniem oczepu żelbetowego. Nadto pozwany zasygnalizował, że trudne do określenia są dalsze dodatkowe koszty związane ze zleconą przez Inwestora - wobec istnienia wad – obudową palisady w miejscach widocznych. Ponownie zwrócono się do powódki o pilne przygotowanie propozycji rozwiązania problemu, a po jej akceptacji – o przystąpienie do szybkiej realizacji (pismo – k.70-71). Ostatecznie, pismem z dnia 6 października 2014 r. (k. 79) spółka (...) wezwała Wykonawcę do usunięcia naruszeń w terminie siedmiodniowym. Powodowa spółka nie zgodziła się z zarzutami twierząc, że brak jest wad prac, jakie mogłyby powstać z jej winy. W związku z tym pozwany ad.1), w dniu 14 października 2014 r. oświadczył, że wobec upływu terminu do wykonania prac naprawczych stwierdzonych wad, podjął decyzję o wykonaniu na koszt Wykonawcy specjalistycznej ekspertyzy rzeczoznawcy dla określenia wad przedmiotu umowy i kosztów niezbędnych robót naprawczych (k. 109).

Pismem z dnia 2 października 2014 r. (k. 79) strona powodowa przedłożyła spółce (...) – do weryfikacji i zatwierdzenia – Rozliczenie-protokół stanu zaawansowania robót, powołując się na § 7 ust.5 umowy, wyznaczając termin zatwierdzenia rozliczenia na dzień 7 października 2014 r.

W związku z powstałymi między stronami rozbieżnościami, pismem z dnia 20 października 2014 r. skierowanym do powodowej spółki, spółka (...) powołując się na § 7 ust. 5 umowy oświadczyła, że z uwagi na niezrealizowanie przedmiotu umowy w terminie oraz rozmiar i charakter wad wykonanych robót palowych, które nie zostały usunięte, korzysta z prawa wstrzymania płatności należności objętej fakturą nr (...) na kwotę 1.276.125 zł, a to jako równowartość kosztu naprawy. (pismo – k. 112). Z kolei strona powodowa, pismem z tej samej daty, powołując się na treść art. 491 k.c., wezwała Zamawiającego do zapłaty należności z w/w faktury w terminie 3-ch dni, pod rygorem odstąpienia od umowy oraz informując, że do czasu zapłaty wstrzymuje się z dalszym wykonywaniem obowiązków umownych (pismo – k. 113). W konsekwencji – pismem z dnia 28 października 2014 r. strona powodowa złożyła

drugiej stronie umowy oświadczenie o odstąpieniu od umowy w części niewykonanej, wzywając do przystąpienia do inwentaryzacji wykonanych robót (pismo – k. 126).

Poza sporem pozostaje, że od dnia 20 października 2014 r. pracownicy powodowej spółki nie byli wpuszczani na teren budowy.

Z dalszej korespondencji stron wynika, że pomimo złożenia przez stronę powodową oświadczenia o odstąpieniu od umowy, zaprzestania wykonywania przez nią robót, jak też nie wpuszczania pracowników Wykonawcy na teren budowy, pomiędzy stronami prowadzone były pertraktacje co do sposobu rozwiązania powstałych problemów, w tym zakresu i sposobu wykonania prac naprawczych (pisma – k.129 i nast.). Ostatecznie strony nie doszły do porozumienia. Tym, niemniej strona powodowa opracowała projekt prac dostosowawczych palisady (k. 148) wraz z kosztorysem planowanych prac na kwotę 75.132,210 zł netto. (k. 165-166). Pismem z dnia 27 stycznia 2015 r. pozwany ad.1) wskazał, że wobec bezczynności po stronie Wykonawcy Zamawiający zmuszony jest podjąć działania we własnym zakresie na ryzyko i koszt powodowej spółki (k. 152), zaś pismem z dnia 30 stycznia 2015 r. powodowa spółka – wobec braku zawarcia między stronami porozumienia – oświadczyła, że w mocy pozostaje jej oświadczenie o odstąpieniu od umowy (pismo – k.153).

W tym samym dniu, bo 30 stycznia 2015 r., strona powodowa wystawiła Fakturę Vat nr (...) na kwotę 1.225.532,39 zł, z terminem zapłaty w dniu 13 marca 2015 r. Wskazano, że faktura obejmuje roboty budowlane – wykonanie pali (...) o wartości 1.071.500 zł netto, przy czym kwota ta jest pomniejszona o wartość prac związanych z dostosowaniem palisady do montażu osłony palisady w wysokości 75.132,20 zł netto.

Pozwana Przedsiębiorstwo (...) Spółka z o.o. wykonała roboty naprawcze i dostosowawcze palisady zrealizowanej przez powodową spółkę, objęte kosztorysem powykonawczym na kwotę 1.277.577,67 zł brutto (kosztorys – k. 714 i nast.). Poinformowała o tym stronę powodową pismem z dnia 15 grudnia 2015 r. (pismo – k.712).

Sąd ustala ponadto, że strona powodowa wykonała całość prac objętych sporną umową stron, w tym wykonała pale na wszystkich odcinkach wskazanych w Projekcie budowlanym zabezpieczenia skarpy. Prace te wykonane były jednak nieprawidłowo. Stwierdzono: zmianę geometrii palisady; w wielu miejscach przekroczono dopuszczalne odchyłki – według projektu wykonawczego ok. 20 cm w planie; nie zachowano odchyłek normowych – 102 pale miały wychylenie powyżej 0,1 m w inwentaryzowanym poziomie, co było niezgodne z założeniami projektowymi; w zakresie 47 pali występowały odchyłki ponad lico palisady, co skutkowało brakiem możliwości montażu osłony palisady z blachy trapezowej. Powstałe wady były wynikiem niedokładności przy wierceniu pali, deformacją geometrii i powstaniem przestrzeni między palami oraz zmianą konstrukcji palisady poprzez rezygnację z kotew tymczasowych na rzecz kotew stałych i braku zasypu przestrzeni pomiędzy budynkiem a palisadą. Za te uchybienia odpowiada powodowa spółka. Odnośnie prac związanych z uszczelnieniem, adnotacja zawarta w umowie, że wykonanie palisady nie uwzględnia prac związanych z jej szczelnością, nie dotyczy konieczności wykonania wszelkich robót naprawczych wynikających z przekroczenia wymagań normowych pali. Na skutek zmiany geometrii palisady powstała bowiem konieczność zabezpieczenia przed wypływaniem mas ziemnych pomiędzy pali posadowionych w sposób przekraczający dopuszczalne odchyłki. Z kolei wprowadzona zmiana projektowa (kotwy stałe zamiast tymczasowych) została zaakceptowana przez powodową spółkę. Powód zaakceptował zmiany projektowe w tym zakresie i wykonanie palisady odkrytej – stąd jego rzeczą było jej wykonanie w sposób właściwy. Wreszcie, sama podnoszona przyczyna wadliwego posadowienia pali tj. związana z jakością gruntu, obciąża wykonawcę, skoro poprzez zawarcie umowy podjął on w tym zakresie ryzyko. W szczególności okoliczności związane z jakością gruntu nie mieszczą się z tymi, które na stronę pozwaną przesunęły obowiązek usunięcia elementów znajdujących się w gruncie. Z umowy stron wynika bowiem, że obowiązkiem zamawiającego było jedynie przełożenie i usunięcia wszystkich elementów znajdujących się w gruncie (łączy, kabli, kanałów, elementów starej zabudowy, głazów, drzew i in.), co wskazuje, iż dotyczy to innych elementów niż wynikające z właściwości i charakterystyki gruntu.

Konsekwencją istniejących wad było: powstanie szczelin pomiędzy palami o szerokości przekraczającej dopuszczalne wartości, co skutkowało wypływaniem gruntu zza ściany palisady; powstanie kolizji z sieciami (infrastrukturą

techniczną); powstanie problemu z montażem osłony. W związku z tym, w ramach prac naprawczych, zachodziła konieczność: uzupełnienia nieszczelności wszędzie tam, gdzie nastąpiło rozszczelnienie; rozwiązania kolizji z infrastrukturą techniczną oraz opracowania nowych rozwiązań montażu osłony i dostosowanie jej do istniejącej palisady. Same nieprawidłowości dotyczące geometrii palisady (przekroczenie wartości normowych odchyłek pali), są niemożliwe do usunięcia w całości do stanu zgodnego z normami – niewykonalna jest bowiem wymiana wadliwych odcinków znacznej ilości pali, a nadto wymiana taka groziłaby zniszczeniem konstrukcji, co w dalszej konsekwencji prowadziłoby do braku odpowiedniego zabezpieczenia skarpy.

Przedłożony przez stronę powodową kosztorys planowanych prac naprawczych na kwotę 75.132,210 zł netto obejmuje jedynie część niezbędnych prac naprawczych – dotyczy bowiem jedynie robót związanych z przewidywaną osłoną palisady. Koszty prac naprawczych, uzasadniających obniżenie należnego stronie powodowej wynagrodzenia, winny być uzupełnione dodatkowo przez koszty uszczelnienia palisady oraz koszty poniesione w związku z ewentualną kolizją z sieciami technicznymi. Całość niezbędnych prac naprawczych objęta została Kosztorysem powykonawczym sporządzonym przez pozwanego ad 1), nawiązującym do ekspertyzy technicznej W. T., na podstawie której pozwana spółka wykonała napraw konstrukcji oporowej. Zakres prac wynikających z kosztorysu, a wykonanych przez stronę pozwaną, pokrywa się z tym co było konieczne i niezbędne dla napraw wynikających z konsekwencji wadliwego posadowienia pali. Zastosowana przez pozwanego metoda była racjonalna z punktu widzenia trwałości napraw; same prace wykonywane były w warunkach trudnych, ręcznie; w kosztorysie zastosowano prawidłowe normy przy uwzględnieniu, że roboty wykonywane były ręcznie.

Prace objęte kosztorysem sporządzonych przez stronę powodową na kwotę 75.132,210 zł nigdy nie zostały zrealizowane. Ostatecznie to strona pozwana dokonała częściowego skucia palisady w górnych partiach, co umożliwiło realizację przejścia. M.in. te prace te zostały objęte kosztorysem powykonawczym strony pozwanej na kwotę 1.277.577,67 zł.

Bez wykonania przez pozwaną robót naprawczych wynikających z w/w kosztorysu, palisada nie spełniałaby swojej funkcji.

Pismem z dnia 15 grudnia 2015 r. (...) Spółka z o.o. złożyła wobec strony powodowej oświadczenie o obniżeniu wynagrodzenia spółki (...) o kwotę 1.277.577,67 zł, powołując się na w/w Kosztorys (k. 712).

Sąd ustala także, że pozwana (...) Spółka z o.o. wystawiła w dniu 29 stycznia 2015 r. notę, którą obciążyla powodową spółkę (...) Spółkę z o.o. karą umowną w kwocie 1.660.204,80 zł z tytułu opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy, składając jednocześnie oświadczenie o potrąceniu w/w kwoty z wierzytelnością strony powodowej w kwocie 1.276.125 zł wynikająca z faktury VAT nr (...) z dnia 3 września 2014 r.(k. 307). Tożsamej treści oświadczenie o potrąceniu strona pozwana złożyła w piśmie z 15 stycznia 2015 r. (k. 331) i piśmie z dnia 16 lutego 2015 r. (k. 334). Z kolei pismem z dnia 15 grudnia 2015 r. pozwana zawarła oświadczenie o potrąceniu własnej wierzytelności w kwocie 384.079,80 zł z częścią wynagrodzenia przysługującego stronie powodowej w tej samej wysokości (k. 712).

Wreszcie wskazać należy, że fakt, iż (...) Spółka z o.o. wykonuje sporne roboty podwykonawcze w zakresie wykonania palisady był znany wszystkim podmiotom biorącym udział w procesie inwestycyjny, w tym inwestorowi zastępczemu, a co za tym idzie – inwestorowi.

B. B. był członkiem zarządu spółki (pозwanej ad.1) zlecającej przedmiotowe prace podwykonawcze, prowadząc zarazem jednoosobowa działalność gospodarczą (pозwany ad 2) i w ramach tej działalności zawierając umowę z pозwanym ad.1) na wykonanie przedmiotowych prac.

Powodowa spółka w sposób jawny prowadziła przedmiotowe roboty na placu budowy, uczestniczyła w naradach i podpisywała protokoły z placu budowy pod własną nazwą, obok przedstawicieli pозwanego ad 3), pełniącego rolę Generalnego Realizatora Inwestycji (k. 501-543). Przedstawiciele podwykonawcy dokonywali wpisów do dziennika budowy (k. 579 i nast). Od początku o fakcie wykonywania spornych prac podwykonawczych wiedział P. I. (1) – przedstawiciel Generalnego Realizatora Inwestycji. O powodowej spółce i fakcie wykonywania przez nią robót

dowiedział się wtedy, gdy spółka przywiozła na plac budowy sprzęt i gdy zapoznał się z dokumentacją warsztatową, przygotowaną przez podwykonawcę przed rozpoczęciem przez niego robót. Stąd inwestor wiedział, że prace związane z posadowieniem pali będzie wykonywać spółka specjalistyczna tj. strona powodowa; wiedział, że B. B. nie dysponuje w tym zakresie odpowiednim doświadczeniem i sprzętem. Wiedzę taką posiadali także inni uczestnicy procesu budowlanego, w tym inspektorzy nadzoru.

Powyższe ustalenia faktyczne Sąd Apelacyjny poczynił na podstawie wszystkich zaoferowanych przez strony dowodów, w tym przede wszystkim zalegających w aktach dokumentów, opinii biegłego oraz zeznaniach świadków.

Okoliczności związane z treścią łączącego stroną powodową i pozwaną ad.1) stosunku prawnego, treścią składanych wobec siebie wzajemnych oświadczeń, przyczyn, przebiegu i stanowisk stron w zakresie powstałego w trakcie realizacji prac konfliktu - wprost wynikają z treści przywołanych wyżej dokumentów.

Odnosnie treści łączącego w/w strony stosunku prawnego Sąd Apelacyjny odwołał się do literalnych zapisów umowy z dnia 22 lipca 2014 r. i aneksu do tej umowy. Podkreślić należy, że w toku postępowania strony nie podnosiły tego rodzaju twierdzeń, z których wynikałaby rozbieżność w rozumieniu poszczególnych zapisów umownych. Żadna ze stron nie złożyła także twierdzeń i wniosków dowodowych mających wskazywać na potrzebę badania wykładni oświadczeń woli stron dla ustalenia odmiennego rozumienia zawartych w umowie zapisów.

Z przedłożonych do akt dokumentów wprost wynika także fakt wiedzy wszystkich uczestników procesu budowlanego o roli, jaką w procesie inwestycyjnym odgrywała powodowa spółka – wiedzy i akceptacji tego, że spółka (...) jest podwykonawcą w zakresie prac specjalistycznych w oczywisty sposób znajduje potwierdzenie w uczestniczeniu tego podmiotu pod własną firmą we wszelkich naradach na placu budowy, podpisywaniu protokołów oraz wpisów w dzienniku budowy. Wreszcie znajduje to potwierdzenie w zeznaniach świadków także zaoferowanych przez pozwanych, w tym przede wszystkim zeznaniach P. I. (1), będącego przedstawicielem na placu budowy Generalnego Realizatora Inwestycji – pozwanego ad.). Jakiegokolwiek odmienne twierdzenia pozwanych w tym zakresie oraz złożone w sprawie zeznania nie są wiarygodne w świetle treści nie budzących wątpliwości w/w dowodów.

Okoliczności co do zakresu wykonanych przez stronę powodową robót, zaistniałych wad, ich znaczenia dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, konsekwencji oraz zakresu niezbędnych prac naprawczych – Sąd ustalił na podstawie opinii biegłego Z. D.: tak opinii głównej (k. 1346) i pisemnej opinii uzupełniającej (k. 1441) przeprowadzonych przed Sądem I instancji, jak i ustnej opinii uzupełniającej przeprowadzonej przez Sąd Apelacyjny.

Podkreślenia wymaga przede wszystkim to, że dokonane przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne oraz ocena prawna pozostają w sprzeczności w wnioskami opinii pisemnych. Wbrew tezom zawartym w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, już z opinii pisemnych wynika zakres istniejących wad oraz – przede wszystkim – to, że znaczenie tych wad dla wykonania funkcjonalności wykonanych robót nie sprowadza się wyłącznie do problemu osłony palisady. Biegły wprost wskazał, że negatywne konsekwencje uchybień wykonawczych związane są z także z koniecznością uszczelnienia palisady i dostosowania z pozostałymi elementami infrastruktury technicznej. Wniosek taki jest oczywisty, o ile zważyć, że – w świetle zasad doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania – powstałe na skutek odchylenia posadowionych pali powstały ponadnormatywne szczeliny sprzyjające wpływowi spomiędzy nich ziemi. Konkluzja taka w oczywisty sposób musi prowadzić do wniosku, że wskazane w umowie wyraźne zastrzeżenie, iż wymogi wykonanych prac nie obejmują szczelności palisady, nie dotyczy sytuacji, gdy na skutek wadliwego posadowienia pali dochodzi do nieprzewidzianego wpływu mas ziemnych. O ile bowiem przedmiotowa wada nie wystąpiłaby, to wskazany, niepożądany skutek nie miałby miejsca. Stąd rację mają pozwani twierdząc, że umowny zapis „bez zapewnienia szczelności” dotyczy innych kwestii, w tym szczelności wody.

W rezultacie Sąd I instancji pominął oczywiste i nie budzące wątpliwości wnioski wynikające z opinii biegłego, ograniczając się do wybiórczego odwołania się do pojedynczych sformułowań zawartych w opinii.

W rezultacie nie powinna budzić zastrzeżeń konkluzja, że konieczny do poniesienia koszt prac naprawczych nie sprowadzał się wyłącznie do kwoty 75.132,21 zł związanej z pracami dotyczącymi osłony palisady.

Ta okoliczność oraz występujące niejasności w opiniach pisemnych spowodowały, że niezbędne było na etapie postępowania apelacyjnego uzupełnienie postępowania dowodowego poprzez przeprowadzenie dowodu z ustnej opinii biegłego D..

Z opinii pisemnych wprost wynika, że łączne koszty prac naprawczych muszą obejmować wszelkie roboty związane z uzupełnieniem powstałych nieszczelności, rozwiązaniem kolizji z infrastrukturą techniczną oraz opracowaniem nowych rozwiązań montażu osłony i dostosowanie jej do istniejącej palisady. Fakt, iż biegły w opiniach pisemnych nie wypowiedział się wprost o wysokości kosztów wszystkich w/w prac wynikał z zakresu udzielonego mu zlecenia (sąd koncentrował się wyłącznie na weryfikacji kosztorysu strony powodowej na kwotę 75.132,21 zł). Jednocześnie z opinii tych wynika, że przedmiotem szczegółowej analizy biegłego był także kosztorys prac naprawczych wykonanych przez stronę pozwaną ad.1) na kwotę 1.277.577,67 zł.

Odwołanie się do w/w opinii pisemnych w oczywisty sposób musi prowadzić do konkluzji, iż zakres niezbędnych prac naprawczych był szerszy niż przyjął to Sąd I instancji. Koszt tych robót, w szczególności przy odwołaniu się do powykonawczego kosztorysu strony pozwanej, musiał podlegać dalszej weryfikacji, a to przede wszystkim z uwagi na brak jednoznacznej konkluzji biegłego w tym zakresie. Nadto treść w/w opinii nie dawała podstaw do przesądzenia, że – przyczynowo – z wadami wiążą się wszelkie prace związane z uszczelnieniem palisady, skoro biegły wskazał, iż przyczyną ich powstania były nie tylko odchyłki posadowionych pali, lecz także zmiana projektowa. Po drugie, biegły zdawał się wyrażać wątpliwość, czy prace objęte kosztorysem powykonawczym strony pozwanej nie były zawyżone, w szczególności, czy prace naprawcze nie mogły przybrać innej, mniej kosztownej formy.

Ustna opinia biegłego D. te wątpliwości wyjaśnia.

Po pierwsze, zgodzić się należy z biegłym, iż zmiana projektowa wykonania pali nie ma wpływu na ograniczenie odpowiedzialności strony powodowej za konsekwencje wynikające z powstałych nieszczelności. Po pierwsze, prawidłowe, zgodne z normami posadowienie pali, nie prowadziłyby do skutku związanego z nieszczelnościami. Tym samym zmiana projektowa jedynie spotęgowała negatywne konsekwencje niewłaściwego wykonania umowy. Nadto, zgoda wykonawcy na przedmiotową zmianę projektową nie może oznaczać, iż nie ma on wykonać przedmiotu umowy w sposób zgodny ze sztuką budowlaną, zapewniający funkcjonalności budowanego obiektu. Zasadne jest więc przyjęcie, że stronę powodową obciąża całość wykonanych prac naprawczych.

W ustnej opinii uzupełniającej biegły rozwiął wątpliwości co do sposobu wykonania przez pozwaną ad.) robót naprawczych. W szczególności wskazał, że wykonane prace – co do przyjętych rozwiązań i technologii – były racjonalne, jak też trudne warunki związane z miejscem i charakterem spornego obiektu palowego spowodowały, że uzasadnione było wykonanie tych prac łącznie, co wygenerowało wyższy koszt tych robót.

W konsekwencji nie budzi zastrzeżeń konkluzja biegłego, że wszelkie prace naprawcze wykonane przez stronę pozwaną, a objęte kosztorysem powykonawczym na kwotę 1.277.577,67 zł pozostawały w związku z wadami wykonawczymi, były niezbędne i konieczne, jak też ich wartość jest właściwa, zgodna z normami.

W kontekście zgłaszanych przed Sądem Apelacyjnym zarzutów do opinii biegłego podkreślenia wymaga, że sam w/w kosztorys powykonawczy był przedmiotem szczegółowej analizy biegłego. Z okoliczności sprawy i wypowiedzi biegłego wynika, że kosztorys ten był już przez niego badany na potrzeby wydania opinii pisemnych. Wynika to także z treści pisemnej opinii uzupełniającej. Wreszcie, składając ustne zeznania biegły zapewnił, iż zweryfikował ten kosztorys tak pod względem przedmiotowym, jak i wartości wykonanych prac.

Z pisemnej opinii uzupełniającej wynika, iż sama weryfikacja była utrudniona, skoro w części kosztorys dotyczył prac zanikających. Sprzeczne natomiast z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania byłoby przyjęcie, że – wykonując obowiązki naprawcze wobec wymagań inwestora - pozwany ad.1) wykonywał prace

zbędne. Tym samym zakres wykonanych rzeczywiście robót nie powinien budzić wątpliwości. Odniesienie się do tego zakresu wynikającego z kosztorysu, dawało natomiast biegłemu możliwość oceny pozostawiania tych prac w związku przyczynowym z wadami wykonawczymi oraz oceny ich wartości.

Stwierdzić wreszcie należy, że konkluzje biegłego są racjonalne. Nie budzi wątpliwości, że zasadnicza część pali została posadowiona w sposób wadliwy, a ich odchyły przekraczają dopuszczalne normy. W pełni logiczne są konkluzje, że przekroczenie dopuszczalnych krzywizn w posadowieniu pali ma istotne znaczenie dla funkcjonalności wykonanego obiektu, w tym zapobieżeniu ewentualnego wylewania się mas ziemnych. W zgodzie z zasadami logiki pozostaje zatem przyjęcie, że prace dostosowawcze (naprawcze) nie mogły być ograniczone wyłącznie do robót związanych z osłoną palisady.

W tym stanie rzeczy apelacje obu stron są w części uzasadnione.

Po pierwsze, odnotować należy, że powodową spółkę (...) z pozwaną spółką Przedsiębiorstwem (...) łączyła umowy podwykonawcza o roboty budowlane, w rozumieniu art. 647 k.c. Treść tego stosunku prawnego wyznaczona była więc przepisami prawa oraz postanowieniami umowy z dnia 22 lipca 2014 r.

Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że pomiędzy w/w stronami, we wrześniu i październiku 2014 r. powstał spór co do sposobu wykonywania umowy, w tym prawidłowości prac związanych z posadowieniem pali. Bezsporne przy tym było, że samo posadowienie pali było wadliwe, a ze wzajemnej korespondencji stron wynika, że spór dotyczył tego, która ze stron postępowania ponosi za to odpowiedzialność. Strona powodowa argumentowała bowiem, że posadowienie pali z odchyłem wynikało z przeszkód zalegających w gruncie, a to zamawiający był zobowiązany do usunięcia tego rodzaju przeszkód.

Ustalony stan faktyczny, w tym przede wszystkim konkluzje opinii biegłego dają podstawę do oceny, że za wadliwy sposób posadowienia pali odpowiedzialność ponosi Wykonawca – powodowa spółka. Przewidziany bowiem w ofercie, stanowiącej załącznik nr 2 do umowy, obowiązek Zamawiającego przełożenia lub usunięcia wszystkich elementów znajdujących się w gruncie, nie dotyczył elementów wynikających z rodzaju i właściwości gruntu, lecz elementów w gruncie zalegających (jak wskazano przykładowo – łączy, kabli, kanałów, elementów starej zabudowy, głazów, drzew itp.). W sprawie nie budzi wątpliwości, że ewentualne przeszkody, których wynikiem było powstanie odchyłów pali wynikało z właściwości gruntu. Teza ta znajduje potwierdzenie we wnioskach zawartych w opinii biegłego. Nadto strona powodowa nie wykazała, by przyczyny wadliwego posadowienia pali było inne niż wyżej wskazane bądź zły sposób wykonania robót.

Nie ulega zatem wątpliwości, że za wadliwe posadowienie pali odpowiedzialność ponosi strona powodowa.

Nie odniosło skutku świadczenie powodowej spółki z dnia 28 października 2014 r. o odstąpieniu od umowy. Zgodnie z art. 491 k.c., jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Podstawą w/w oświadczenia strony powodowej było twierdzenie, że pozwana ad.1) bezzasadnie nie wypełniła obowiązku zapłaty za wykonane prace objęte fakturą z dnia 3 września 2014. Jednocześnie strona pozwana fakt wstrzymania wypłaty tłumaczyła realizacją uprawnienia wynikającego z § 7 ust.5 umowy – prawa do wstrzymania zapłaty w części dotyczącej wykonania prac w sposób niezgodny z umową do czasu naprawy bądź też, w razie nie wykonania naprawy – do czasu wykonania zobowiązania.

Z ustalonego stanu faktycznego w oczywisty sposób wynika, że prace wykonane przez Wykonawcę, objęte fakturą z dnia 3 września 2014 r., były wadliwe z przyczyn jego obciążających. Tym samym spełnione były warunki do wstrzymania zapłaty przedmiotowego wynagrodzenia, a w konsekwencji – brak było przesłanek do przyjęcia, iż poprzez wstrzymanie zapłaty Zamawiający nie wykonał zobowiązania umownego. Brak zatem było podstaw do złożenia przez stronę powodową oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Dla dalszych rozważań istotne jest odwołanie się do postanowień umownych związanych ze sposobem zaspokojenia Zamawiającego w razie wadliwego wykonania robót i ewentualnego wykonania zastępczego. Jak już wskazano, strony przewidziały możliwość wstrzymania przez Zamawiającego zapłaty za roboty wadliwie wykonane. Co do zasady – jak wynika z § 7 ust.5 umowy – wstrzymanie to ma skutek do czasu prawidłowego wykonania prac przez Wykonawcę. To postanowienie umowne powiązane jest z dalszymi uzgodnieniami stron dotyczącymi sytuacji wadliwego wykonania robót, zawartymi w § 9 umowy. M.in. w § 9 ust.3 postanowiono, że w razie nie wywiązywania się przez Wykonawcę z obowiązków (a więc także w razie wadliwego wykonania prac), Zamawiający ma prawo sporządzić stosowną inwentaryzację, jak też prawo do zlecenia wykonania zastępczego robót – na koszt Wykonawcy. W ust. 5 wskazano, iż w sytuacji rozwiązania umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy, Zamawiający będzie uprawniony do potrącenia z kwoty należnej Wykonawcy kary umownej, odszkodowania i innych należności wynikających z umowy. Analogiczne rozwiązania przewidziano w razie skorzystania przez Zamawiającego z prawa do zawieszenia wykonywania przedmiotu umowy. W ust.10 wskazano, że w takim przypadku Wykonawca poniesie wszystkie uzasadnione dodatkowe koszty niezbędne dla dokończenia wykonywania przedmiotu umowy.

Treść w/w regulacji wskazuje, że – po pierwsze – Zamawiający miał prawo do wstrzymania wypłaty należnego Wykonawcy wynagrodzenia, w części dotyczącej robót wadliwie wykonanych, tak na okres do prawidłowego wykonania tej części robót, jak i dla zabezpieczenia należności związanych także z ewentualnym wykonaniem zastępczym. Nie sposób bowiem postanowień zawartych w § 7 ust.5 dotyczących wstrzymania wypłaty wynagrodzenia rozpatrywać w rozłączeniu od pozostałych postanowień umownych, w tym zawartych w § 9 dotyczących także rozliczeń finansowych po ewentualnym odstąpieniu od umowy bądź zawieszeniu jej wykonywania z przyczyn obciążających wykonawcę. W szczególności z § 9 wynika, że Zamawiający ma uprawnienie do bezpośredniego zaspokojenia się z wierzytelności przysługujących Wykonawcy tytułem wynagrodzenia, a więc także wynagrodzenia w części wstrzymanej.

Odnosić zatem należy, że pozwana ad.1) złożyła w dniu 20 października 2014 r. wobec strony powodowej oświadczenie o wstrzymaniu zapłaty całości wynagrodzenia objętego fakturą z dnia 3 września 2014 r. Oświadczenie to poprzedzone było wielokrotnymi wezwaniami o przystąpienie przez Wykonawcę do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy. Ustalony stan faktyczny wykazał, iż wskazywane przez stronę pozwaną wady rzeczywiście istniały, a koszt wykonania zastępczego prac naprawczych odpowiadał kwocie zatrzymanej (koszt prac naprawczych - 1.277.577,67 zł, przy wysokości wynagrodzenia z faktury z 3.09.2014r. - 1.276.125 zł). Wstrzymanie zapłaty kwoty objętego w/w faktura było więc uprawnione.

Po drugie, w dniu 20 października 2014 r. pracownicy strony powodowej nie byli już wpuszczani na teren budowy. Tym samym – przez czynności konkludentne – doszło do zawieszenia wykonywania przedmiotu umowy. Zważyć należy, że wobec bezskuteczności oświadczenia strony powodowej o odstąpieniu od umowy, umowa między stronami nie została rozwiązana. Nie sposób zatem w inny sposób tłumaczyć faktu, że na skutek działań faktycznych, w dniu 20 października 2014 r. doszło do zaprzestania wykonywania przedmiotu umowy.

W rezultacie, łączne odwołanie się do postanowień zawartych w § 7 ust.5, § 9 ust.5 i ust.10 przyjąć należy, że pozwana ad.1) skutecznie skorzystała z prawa do zatrzymania wynagrodzenia objętego fakturą z dnia 3 września 2014 r., a następnie – zaspokojenia się z zatrzymanej kwoty w związku z zastępczym wykonaniem prac naprawczych. Innymi słowy, pozwana spółka zatrzymała całość wynagrodzenia z w/w faktury na poczet zabezpieczenia prawidłowego wykonania wadliwych prac, a w związku z tym zaspokoiła się w tym zakresie poprzez skonsumowanie zatrzymanej kwoty na poniesione wydatki zastępczego wykonania. Zważyć przy tym należy, że zaprezentowana wyżej wykładnia pozostaje w zgodzie z praktyką wykonania umowy przez same strony, skoro powodowa spółka sama godziła się na obniżenie wynagrodzenia związanego z kosztem prac naprawczych, przy czym koszt ten ograniczała do kwoty 75.132,21 zł.

W konsekwencji roszczenie strony powodowej o zapłatę kwoty 1.276.125 zł objętej fakturą nr Vat nr (...) z dnia 3 września 2014 r. okazało się bezzasadne, skoro zatrzymana kwota była niższa od kosztów wykonania zastępczego.



Druga z dochodzonych należności, wynikająca z Faktury Vat nr (...) z dnia 30 stycznia 2015 r. na kwotę 1.225.532,39 zł winna być pomniejszona o nadwyżkę nieskonsumowanych prac naprawczych tj. o kwotę 1.452,67 zł (kwota 1.277.577,67 zł jako koszt prac naprawczych minus kwota 1.276.125 zł wynikająca z faktury z dnia 3 września 2014 r.). W tym zakresie bowiem strona pozwana zasadnie dochodzi obniżenia pozostałej części wynagrodzenia. W tym zakresie zatem roszczenie strony powodowej jest uzasadnione do kwoty 1.224.079,72zł.

Nie może odnieść skutku zarzut strony pozwanej odwołujący się do potrącenia wierzytelności powodowej spółki z wierzytelnością spółki pozwanej z tytułu kary umownej. Niezależnie bowiem od zasadności naliczenia przedmiotowej kary, samo oświadczenie nie było skuteczne w rozumieniu art. 498 k.c. Przypomnieć należy, że w toku procesu spółka(...)powoływała się na potrącenie własnej wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością strony powodowej wynikająca z faktury z dnia 3 września 2014 r. (tak m.in. w piśmie procesowym – k. 645 akt). Także oświadczenia składane stronie powodowej dotyczyły potrącenia z w/w wierzytelnością. Tym samym oświadczenia te nie mogły odnieść zamierzonego skutku, skoro strona pozwana skonsumowała już uprzednio kwotę wynikającą z tej wierzytelności poprzez wstrzymanie jej wypłaty i zaliczenie na zaspokojenie wykonania zastępczego. Samo oświadczenie o wstrzymaniu wypłaty wynagrodzenia wynikającego z w/w faktury, w świetle przywołanych postanowień umownych, w oczywisty sposób wskazuje, iż pozwana skonsumowała już przedmiotową kwotę na określony cel (zaspokojenie związane ze skutkami wadliwego wykonania przedmiotu umowy). Nie zmienia tego fakt, iż samo wykonanie zastępcze miało miejsce w późniejszym, bliżej nieokreślonym czasie. Zważyć należy, że zatrzymując wynagrodzenie pozwana złożyła wyraźne oświadczenie stronie powodowej, że czyni to w ramach uprawnienia wynikającego z § 7 ust.5 umowy, a w związku z tym powstały skutki prawne sprowadzające się do zabezpieczenia przedmiotowej kwoty na poczet konsekwencji związanych z prawidłowym wykonaniem umowy, w tym kosztami wykonania zastępczego.

Powyższej oceny nie zmienia fakt, iż w kolejnym oświadczeniu, z dnia 15 grudnia 2015 r. pozwana wskazała na potrącenie własnej wierzytelności w kwocie 384.079,80 zł z częścią wynagrodzenia. Po pierwsze, w toku postępowania strona pozwana powoływała się na potrącenie z należnością objętą fakturą z dnia 3 września 2014 r.. W tej sytuacji, nieprecyzyjne oświadczenie, nie identyfikujące części wynagrodzenia strony powodowej, której potrącenie ma dotyczyć, nie może odnieść skutku.

W konsekwencji roszczenie strony powodowej jest uzasadnione co do części kwoty wynikającej z faktury z dnia 30 stycznia 2015 r., w zakresie 1.224.079,72 zł.

Zasadna jest apelacja strony powodowej, o ile kwestionuje oddalenie powództwa wobec pozwanych ad.3) i 4).

W tym zakresie roszczenie powodowej spółki znajduje uzasadnienie w treści art. 647<sup>1</sup> k.c. w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją dokonana ustawą z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw e celu dochodzenia wierzytelności (Dz.U. Nr 933). Zgodnie bowiem z art. 12 tej ustawy, do umów o roboty budowlane zawartych przed dniem wejścia w życie przedmiotowej 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.

Stwierdzić zatem należy, że w dotychczasowym stanie prawnym, w ramach wykładni przepisu art. 647<sup>1</sup> k.c., przyjęcie ustawowej odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy wymagało zgody inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą, która mogła mieć charakter bierny (poprzez brak sprzeciwu) bądź czynny (poprzez pozytywne wyrażenia zgody), jak też, że zgoda czynna mogła być wyrażona w sposób dorozumiany. Przy wyrażaniu zgody w sposób czynny, dla przyjęcia spełnienia przesłanek z art. 647<sup>1</sup> kc nie było przy tym wymagane zapoznanie się przez inwestora z treścią umowy bądź projektu umowy. Wystarczająca w tym zakresie jest wiedza inwestora co do podstawowych postanowień umowy podwykonawczej, dotyczących jej przedmiotu oraz wynagrodzenia.

W orzecznictwie sądowym utrwalony był pogląd, iż „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 dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Przyjmuje się fikcję prawną, że inwestor zgodę wyraził. Ponieważ jednak w art. 647<sup>1</sup> k.c. chodzi o odpowiedzialność inwestora za cudzy dług, interes inwestora został zabezpieczony poprzez obowiązek przedstawienia mu stosownej dokumentacji. Przyjmując fikcję wyrażenia w sposób bierny zgody, ustawodawca zakłada, że inwestor zapoznał się, a w każdym razie mógł się zapoznać z tą dokumentacją i ma, bądź powinien posiadać, wiedzę o zakresie robót i wynagrodzeniu uzgodnionym w umowie z podwykonawcą. Drugi 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, na przykład przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót, oraz dokonywanie podobnych czynności. Przepis art. 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.” (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 4.02.2011 r., III CSK 152/10, lex nr 1102865).

W tym stanie rzeczy w sprawie nie budzi jakichkolwiek wątpliwości odpowiedzialność pozwanego ad.2). Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy, B. B. prowadzący działalność gospodarczą (pозwany ad.2), był jednocześnie członkiem zarządu Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. – podmiotu zlecającego wykonanie prac podwykonawczych powodowej spółce. Miał zatem pełną wiedzę co do treści umowy zawartej z powódką, jak też w sposób dorozumiany wyrażał zgodę na zawarcie tej umowy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, spełnione są także przesłanki dla przyjęcia przedmiotowej odpowiedzialności ustawowej pozwanego ad.3) - (...) Spółką z o.o. w K.. Także i ten pozwany, w sposób dorozumiany, wyraził zgodę (czynną) na wykonanie prac przez powodową spółkę. Łącznie takie okoliczności jak: potencjalna zgoda wobec generalnego wykonawcy, że prace mogą być wykonywane przez podwykonawców, posiadanie wiedzy o tym, że powódka wykonuje roboty w zakresie prac specjalistycznych, widywanie powoda na placu robót, tolerowanie jego obecności tak przez osoby, które z ramienia Generalnego Realizatora Inwestycji wykonywały czynności w ramach procesu inwestycyjnego – w oczywisty sposób wskazują, że i ta strona pozwana akceptowała fakt wykonywania prac przez powoda i wyraziła na to zgodę. Generalnemu Realizatorowi Inwestycji znany był także zakres wykonywanych robót, który przecież dotyczył całości pewnego, ściśle określonego rodzaju prac. Tym samym strona pozwana miała także wiedzę co do zakresu wynagrodzenia, który z tymi pracami się łączy. Podkreślenia wymaga, że – jak to wynika z zeznań P. I. (1) – inwestor zastępczy od początku wiedział, że prace związane z wykonaniem pali będą podjęte przez podmiot specjalistyczny – powodową spółkę, zapoznał się z dokumentacją sporządzoną przez spółkę przed rozpoczęciem prac, przedstawiciele tego pozwanego brali udział w naradach z przedstawicielami podwykonawcy itp.

W tym stanie rzeczy, odpowiedzialność solidarną w ramach art. 647<sup>(1)</sup> k.c., ponosi także inwestor - (...) sp. z o.o. Sp.k. w W.. Ten pozwany zawarł z pozwanym ad.3), który sam siebie określa jako Generalnego Realizatora Inwestycji. Umowa o generalną realizację inwestycji powierza wykonawcy nie tylko całościowe zrealizowanie obiektu, lecz także opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowej, technicznej i formalnoprawnej, jak też z natury rzeczy obejmuje także przygotowanie i organizację procesu inwestycyjnego, zapewnienie należytego jego przebiegu oraz przeprowadzenia realizacji inwestycji.

Co do zasady, zawarcie przez inwestora tego rodzaju umowy nie zwalnia go od obowiązków wynikających z przepisów prawa budowlanego, w tym dotyczących zapewnienia prawidłowego toku inwestycji, podejmowania czynności nadzoru itp. – o ile nic innego nie wynika z umowy zawartej z generalną realizacją inwestycji. W tym stanie rzeczy,

także i ten pozwany, poprzez brak reakcji na fakt wykonywania prac podwykonawczych, wyraził czynną zgodę na zawarcie umowy podwykonawczej. Podkreślenia wymaga, że nie można strony powodowej obciążać obowiązkiem wykazania treści stosunku prawnego łączącego pozwanych ad.3) i ad.4). Tym samym brak podniesienia adekwatnych twierdzeń przez tych pozwanych oraz brak zaferowania adekwatnego materiału dowodowego musi skutkować przyjęciem, że fakt zawarcia umowy o generalną realizację inwestycji nie skutkował wygaśnięciem po stronie inwestora obowiązków wynikających z prawa budowlanego (art. 18 ustawy Prawo budowlane), związanych z funkcją tego podmiotu w procesie inwestycyjnym, w tym czynności nadzoru i wpływu na udział określonych podmiotów w procesie inwestycyjnym. Przyjąć zatem należy, że inwestor godził się na wykonanie prac przez podwykonawców, miał możliwość identyfikacji podmiotów biorących udział w pracach budowlanych, miał też możliwość ingerencji w proces inwestycyjny. W sytuacji zatem, w której strona powodowa wykazała, że wykonywała ściśle określony, specjalistyczny zakres prac, pozostali uczestnicy procesu inwestycyjnego od początku wiedzieli, że z uwagi na charakter tych prac będzie one wykonane przez podwykonawcę, w sposób jawny roboty wykonywane były przez powodową spółkę, której przedstawiciele uczestniczyli w naradach i dokonywali wpisu do dziennika budowy – oczywista musi być konkluzja, że także inwestor akceptował ten stan rzeczy i wyrażał na to zgodę.

Biorąc powyższe pod uwagę zasadne było zasądzenie kwoty 1.224.079,72 zł. solidarnie od wszystkich pozwanych.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. i art. 385 k.p.c., orzekł jak w sentencji. Koszty postępowania pierwszoinstancyjnego rozliczono na podstawie art. 100 k.p.c., w stosunku do poszczególnych roszczeń.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. W wyniku uwzględnienia apelacji pozwanego B. B. od wyroku uzupełniającego zasądzono na jego rzecz od strony powodowej kwotę 63.807 zł tytułem uiszczonej przez niego opłaty od przedmiotowej apelacji. Jednocześnie, wobec częściowego uwzględnienia apelacji każdej ze stron, zniesiono między nimi wzajemnie koszty postępowania apelacyjnego.

SSA Izabella Dyka SSA Paweł Rygiel SSA Rafał Dzyr