

Sygn. akt I ACa 96/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 czerwca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Magdalena Pankowicz
Sędziowie	:	SA Bogusław Dobrowolski SA Krzysztof Chojnowski (spr.)
Protokolant	:	Izabela Lach

po rozpoznaniu w dniu 27 maja 2015 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki z o.o. we W.**

przeciwko **Gminie O. i (...) w O.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanych

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 22 października 2014 r. sygn. akt V GC 209/13

I. **oddala obie apelacje;**

II. **zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 5.400 złotych tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej.**

## UZASADNIENIE

Powód (...) Sp. z o.o. we W. - jako podwykonawca robót przy budowie i modernizacji systemu kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz rozbudowie sieci wodociągowej w O. wnosił o zasądzenie od działających w ramach umowy konsorcjum pozwanego (...) S.A. w O. oraz pozwanego (...) w O. – jako zbiorowego wykonawcy generalnego i od pozwanej Gminy O. - jako inwestora solidarnie kwoty 201.608,52 złotych z ustawowymi odsetkami: w zakresie zobowiązania pozwanego (...) S.A. od dnia 12 stycznia 2013 roku do dnia zapłaty, a w zakresie zobowiązania pozwanego (...) oraz zobowiązania pozwanej Gminy O. od dnia 18 lipca 2013 roku do dnia zapłaty, tytułem niezapłaconej części wynagrodzenia.

W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 20 października 2008 roku zawarł z (...) Sp. z o.o. w O. (następnie połączonej jako spółką przejmowaną z (...) S.A. w O. jako spółką przejmującą) umowę nr (...), na podstawie której wykonał roboty objęte umową pomiędzy inwestorem Gminą O. a zbiorowym wykonawcą generalnym, pt. „Budowa i modernizacja systemu kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz rozbudowa sieci wodociągowej w O. – część II zamówienie częściowe nr 1” (...). W umowie z dnia 20 października 2008 roku powód udzielił (...) Sp. z o.o. gwarancji jakości na wykonane przez niego roboty na okres 2 lat i 30 dni, licząc od zakończenia robót, co nastąpiło w dniu 9 listopada 2010 roku. Zgodnie z tą umową na zabezpieczenie ewentualnych roszczeń (...) Sp. z o.o. w stosunku do powoda, związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przez powoda umowy, (...) Sp. z o.o. była uprawniona do zatrzymania 10% wartości netto z każdej kolejnej faktury wystawionej przez powoda, przy czym strony uzgodniły, że kwota zabezpieczenia zostanie zwolniona przez (...) Sp. z o.o. na rzecz powoda w następujący sposób: 70 % kwoty po dokonaniu bezusterkowego odbioru końcowego robót, w terminie 30 dni od daty doręczenia (...) Sp. z o.o. pisemnego wniosku powoda; 30% kwoty po upływie okresu rękojmi i gwarancji i usunięciu ewentualnych wad i usterek, w terminie 30 dni od daty doręczenia (...) Sp. z o.o. pisemnego wniosku powoda. Z wystawionych przez powoda faktur VAT zatrzymano kwotę dochodzoną pozwem (po przeliczeniu z euro): kwotę 16.129,15 euro z faktury VAT nr (...), kwotę 13.017,25 euro z faktury VAT nr (...), kwotę 4.758,65 euro z faktury VAT nr (...), kwotę 4.517,39 euro z faktury VAT nr (...), kwotę 7.196,54 euro z faktury VAT nr (...). Powód zaznaczył przy tym, że został zgłoszony inwestorowi jako podwykonawca i przez niego zaakceptowany. Pozwana Gmina O. i pozwany (...) odpowiadają solidarnie za zapłatę powodowi wynagrodzenia na podstawie art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c., pozwany (...) S.A. oraz pozwany (...) działali w ramach umowy konsorcjum, a z umowy tej wynika, że ponoszą solidarną odpowiedzialność wobec podwykonawców.

Pozwany (...) S.A. w O. w toku procesu zmienił firmę i siedzibę na E. of (...) S.A. w W., a postanowieniem z dnia 26 czerwca 2014 roku Sąd Okręgowy w Olsztynie umorzył postępowanie wobec pozwanego E. of (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w W., wobec cofnięcia pozwu w stosunku do tego pozwanego.

Pozwana Gmina O. domagała się oddalenia powództwa. Przyznała, że powód został jej zgłoszony jako podwykonawca, a wykonane przez niego roboty zostały odebrane. Wskazała jednak, że nie jest zobowiązana do zapłaty dochodzonej przez powoda kwoty, bowiem wykonane przez powoda prace nie były robotami budowlanymi i dlatego nie są objęte dyspozycją art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., a nadto przepis ten dotyczy tylko wynagrodzenia, a dochodzona przez powoda kwota nie jest wynagrodzeniem, ale kaucją gwarancyjną pobraną od powoda przez generalnego wykonawcę.

Pozwany (...) w O. wnosił o oddalenie powództwa. Wskazał, że choć powód został zgłoszony inwestorowi Gminie O. jako podwykonawca i zaakceptowany przez nią, to jednak inwestor nie ponosi solidarnej odpowiedzialności za zapłatę dochodzonej przez powoda kwoty, bowiem powód domaga się zwrotu zabezpieczenia, a nie wynagrodzenia. Zdaniem pozwanego on także nie odpowiada za zapłatę dochodzonej przez powoda kwoty. Wskazał, że z wynagrodzenia powoda potrącono zabezpieczenie (przez co roszczenie o wynagrodzenie zostało umorzone), a powód sformułował żądanie o wynagrodzenie.

Wyrokiem z dnia 22 października 2014 roku Sąd Okręgowy w Olsztynie zasądził od pozwanych (...) w O. i Gminy O. solidarnie na rzecz powoda kwotę 201.680,52 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 18 lipca 2013 roku do dnia zapłaty oraz kwotę 17.302 złote tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd Okręgowy za podstawę rozstrzygnięcia przyjął następujące ustalenia faktyczne:

Gmina O. - jako inwestor zawarła z działającymi w ramach umowy konsorcjum z dnia 18 lutego 2008 roku liderem tego (...) w O. i partnerem (...) w O. – jako zbiorowym generalnym wykonawcą umowy pt. „Budowa i modernizacja systemu kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz rozbudowa sieci wodociągowej w O. - część I zamówienie częściowe nr 2” (...) oraz „Budowa i modernizacja systemu kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz rozbudowa sieci wodociągowej w O.” (...)

(...) w (...) Sp. z o.o. w O. zawarli umowę konsorcjum z dnia 18 lutego 2008 roku celem złożenia wspólnej oferty w postępowaniu o udzielenie przez Urząd Miasta O. zamówienia publicznego pod nazwaną (...) w O. wraz z budową

urządzeń do podczyszczania wód deszczowych na wylotach do rzeki Ł. część II - zamówienie częściowe nr 1". W umowie konsorcjum przewidziano, że jej strony na podstawie art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19 poz. 177 z późn. zm.) ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. K. dokonali podziału rzeczowego robót przewidzianych dokumentacją ofertową. Umowa nie zastrzegła obowiązku osobistego wykonania robót. W (...) przewidziano, że konsorcjonariusze są solidarnie odpowiedzialni również za rozliczenia wobec zatrudnionych podwykonawców.

Umową z dnia 20 października 2008 roku nr (...) (...) Sp. z o.o. w O. zleciła powodowi wykonanie kanałów metodą mikrotunelingu oraz renowacji kanałów, studni i komór przy pomocy rękawa utwardzonego termicznie na budowie „Budowa i modernizacja systemu kanalizacji w O., (...) oraz (...) zadanie częściowe nr 1” prowadzonej w O.. Termin wykonania tej umowy został wyznaczony ostatecznie na dzień 31.07.2009r. W umowie tej przewidziano, że na zabezpieczenie ewentualnych roszczeń zamawiającego w stosunku do wykonawcy związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przez wykonawcę umowy, w tym roszczeń z tytułu gwarancji lub rękojmi do przedmiotu umowy, a także roszczeń osób trzecich w stosunku do zamawiającego z powodu stwierdzonych wad wykonawczych, wykonawca ustanawia na rzecz zamawiającego zabezpieczenie w wysokości stanowiącej 10% wynagrodzenia wykonawcy netto. Zabezpieczenie zostanie przedstawione zamawiającemu przez wykonawcę w formie gwarancji ubezpieczeniowej zgodnej z wzorem, który strony umowy uzgodnią dwustronnie. W przypadku nie przedstawienia gwarancji ubezpieczeniowej, wykonawca upoważnia zamawiającego do potrącenia z każdej kolejnej faktury wykonawcy kwot potrzebnych na ustanowienie zabezpieczenia, proporcjonalnie do wartości zabezpieczenia i wartości faktur przejściowych.

Roboty objęte umową z dnia 20 października 2008 roku oddano protokolarnie w dniach 25.03.2009 r., 30.04.2009 r., 10.06.2009 r., 26.06.2009 r. i 29.07.2009 r. Za roboty te powód wystawił fakturę VAT nr (...) z dnia 25.03.2009r. na kwotę 310.176,00 euro netto (378.414,72 euro brutto), fakturę VAT nr (...) z dnia 06.05.2009r. na kwotę 433 908,35 euro netto (529.368,19 euro brutto), fakturę VAT nr (...) z dnia 10.06.2009r. na kwotę 158.621,78 euro netto (193.518,57 euro brutto), fakturę VAT nr (...) z dnia 26.06.2009r. na kwotę 132.352,35 euro netto (161.469,87 euro brutto), fakturę VAT nr (...) z dnia 31.07.2009r. na kwotę 272.704,43 euro netto (332.699,40 euro brutto). Z faktur tych zatrzymano umówione części wynagrodzenia. Z faktury VAT nr (...) do zwrotu pozostaje kwota 6.129,15 euro, co stanowi równowartość kwoty 73.77,95 złotych (według kursu euro Narodowego Banku Polskiego na dzień wystawienia faktury, tj. 4,5308 złotych za 1 euro), z faktury VAT nr (...) do zwrotu pozostaje kwota 13.017,25 euro, co stanowi równowartość kwoty 56.641,96 złotych (według kursu euro Narodowego Banku Polskiego na dzień wystawienia faktury, tj. 4,3513 złotych za 1 euro), z faktury VAT nr (...) do zwrotu pozostaje kwota 4.758,65 euro, co stanowi równowartość kwoty 21.470,08 złotych (według kursu Euro Narodowego Banku Polskiego na dzień wystawienia faktury, tj. 4,5118 złotych za 1 euro), z faktury VAT nr (...) do zwrotu pozostaje kwota 4.517,39 euro, co stanowi równowartość kwoty 20.403,24 złotych (według kursu Euro Narodowego Banku Polskiego na dzień wystawienia faktury, tj. 4,5166 złotych za 1 euro), z faktury VAT nr (...) do zwrotu pozostaje kwota 7.196,54 euro, co stanowi równowartość kwoty 30.087,29 złotych (według kursu euro Narodowego Banku Polskiego na dzień wystawienia faktury, tj. 4,1808 złotych za 1 euro).

Wobec upływu okresów ochronnych (gwarancyjnych) powód zażądał od generalnego wykonawcy i inwestora dochodzonej pozwem kwoty, ale ci odmówili zapłaty.

W rozważaniach prawnych Sąd Okręgowy zaznaczył, że w ramach przewidzianej w art. 353<sup>1</sup> k.c. swobody kontraktowania strony mogą ustanowić różne zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Sposobem zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest wpłata kaucji, czyli określonej kwoty, będącej jak gdyby w depozycie uprawnionego na oznaczony czas z prawem pobierania na zaspokojenie roszczenia po ziszczeniu się umówionego warunku, przy czym sama zapłata tej kwoty może nastąpić w różnych formach, nie wykluczając potrącenia. Sposobem zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest także zatrzymanie części wynagrodzenia do umówionego czasu.

Dokonując wykładni postanowień umowy powoda z (...) Sp. z o.o. w O. z dnia 20 października 2008 roku dotyczących zabezpieczenia jej należytego wykonania Sąd I instancji uznał, że w umowie tej na wypadek nieprzedstawienia przez

powoda zabezpieczenia w formie gwarancji ubezpieczeniowej przewidziano zabezpieczenie w formie zatrzymania wynagrodzenia powoda, a nie – jak podnosili pozwani - w formie kaucji. Zaznaczył, że w części umowy dotyczącej zabezpieczenia nie użyto sformułowania „kaucja”. Kaucja jest zaś bardzo popularnym sposobem zabezpieczenia należytego wykonania umowy i gdyby strony ustanowiły zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wpłatę kaucji, to z pewnością użyłyby sformułowania „kaucja”. Zdaniem Sądu strony używając sformułowania „potrącenie” nie umówiły się na instytucję potrącenia uregulowaną w art. 498 i nast. k.c. Zgodnie z art. 498 § 1 k.c. do potrącenia nadaje się tylko wierzytelność wymagalna, aczkolwiek przepis ten jest względnie obowiązujący i strony mogą odmiennie uregulować stosunek potrącenia. Gdyby strony umowy rozumiały ją w ten sposób, że w razie nieprzedstawienia przez powoda zabezpieczenia w formie gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczenie następuje przez potrącenie wynagrodzenia powoda np. na kaucję, to wobec nieprzedstawienia przez powoda zabezpieczenia w formie gwarancji ubezpieczeniowej druga strona tej umowy w trybie art. 499 k.c. winna była złożyć oświadczenie o potrąceniu wynagrodzenia powoda np. na kaucję. Tymczasem generalny wykonawca po prostu nie wypłacił powodowi wynagrodzenia w umówionej procentowej wysokości. Użyte w umowie stron sformułowanie „potrącenie” należy rozumieć szeroko jako prawo zatrzymania, powstrzymania.

W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, że skoro minął czas zatrzymania wynagrodzenia powoda w dochodzonej przez niego kwocie i nie ziścił się warunek przejścia tego wynagrodzenia, to należy mu zwrócić zatrzymane wynagrodzenie.

Sąd I instancji zaznaczył przy tym, że przewidziana w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. solidarna odpowiedzialność inwestora i wykonawcy za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia za wykonane przez niego roboty dotyczy robót objętych jakąkolwiek umową podwykonawczą, której przedmiot składa się na rezultat w postaci budowy. Dlatego na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. solidarną odpowiedzialność za zapłatę powodowi wynagrodzenia za wykonane przez niego roboty ponosi także pozwany inwestor.

O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Powyższy wyrok w całości zaskarżyła apelacją pozwana Gmina O., zarzucając:

1.naruszenie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. poprzez błędne jego zastosowanie polegające na uznaniu, że pozwana Gmina O. ponosi solidarną odpowiedzialność za niezwrócone powodowi zabezpieczenie należytego wykonania umowy oraz przyjęcie, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy w części dotyczącej odpowiedzialności powoda z tytułu rękopisami za wady i gwarancji jakości stanowi wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane,

2.naruszenie art. 647 § 1 k.c. poprzez błędne jego zastosowanie polegające na uznaniu, że postanowienia § 6 umowy z dnia 20 października 2008 roku pomiędzy (...) Sp. z o.o. w O. i powodem należą do istotnych postanowień umowy o roboty budowlane i tym samym przesadzają o uznaniu wniesionego przez powoda zabezpieczenia należytego wykonania umowy dokonanego przez potrącenie z należnym mu wynagrodzeniem, za wynagrodzenie za wykonane przez powoda roboty budowlane w ramach wskazanej umowy,

3.naruszenie art. 498 § 1 k.c. i art. 499 k.c. poprzez błędną ich wykładnię polegającą na uznaniu, że potrącenie kwoty na zabezpieczenie należytego wykonania umowy z wynagrodzenia powoda za wykonane roboty budowlane powinno być dokonane odrębnym, niezależnym od przewidzianego w § 6 umowy z dnia 20 października 2008 roku, oświadczeniem woli,

4.naruszenie art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez niezastosowanie go dla oceny postanowienia § 6 umowy z dnia 20 października 2008 roku, jako ustalającego sposób dokonania potrącenia kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy z wynagrodzenia powoda za roboty budowlane,

5.naruszenie art. 65 § 2 k.c. poprzez błędną jego wykładnię polegającą na uznaniu, że zamiarem stron umowy z dnia 20 października 2008 roku było udzielenie przez powoda zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez zatrzymanie części wynagrodzenia należnego mu za wykonane roboty budowlane, a nie przez potrącenie kwoty

zabezpieczenia z wynagrodzeniem za roboty budowlane, a także, że do potrącenia z wynagrodzenia powoda należności na zabezpieczenie należytego wykonania umowy mogło dojść tylko wtedy gdyby zostało złożone oświadczenie o potrąceniu,

6.sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez przyjęcie, że:

-strony umowy z dnia 20 października 2008 roku umówiły się o zatrzymanie przez (...) Sp. z o.o. w O. wynagrodzenia za wykonane przez powoda roboty budowlane na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

-postanowienia § 6 umowy z dnia 20 października 2008 roku stanowiły istotny element tej umowy i tym samym regulowały kwestię wynagrodzenia należnego powodowi za wykonane roboty w ramach umowy o roboty budowlane,

-pozwana Gmina O. ponosi odpowiedzialność solidarną, na mocy art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. za zobowiązania powoda z tytułu rękojmi za wady i gwarancji jakości wykonanych przez niego robót budowlanych w ramach umowy z dnia 20 października 2008 roku,

-nie zostało wypłacone powodowi wynagrodzenie w wysokości odpowiadającej wysokości ustanowionego zabezpieczenia wykonania umowy.

Domagała się zmiany zaskarżonego wyroku i oddalenia powództwa w całości oraz zasądzenia kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym rozstrzygnięcia o kosztach w postępowaniu przed Sądem I instancji oraz zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje, ewentualnie uchylecia zaskarżonego wyroku w całości i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, z uwzględnieniem kosztów postępowania odwoławczego.

Powyższy wyrok w całości zaskarżył apelacją również pozwany (...) w O., zarzucając:

1.naruszenie przepisów prawa procesowego, tj.:

a)sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego wskutek naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 231 k.p.c. – poprzez nieuprawnione zastosowanie i bezzasadne przyjęcie, że zarzuty pozwanego (...)w O. w zakresie jego odpowiedzialności solidarnej wobec powoda, są bez znaczenia, gdy strony kontraktu, czyli inwestor i partnerzy konsorcjum, w treści łączącej ich umowy wyraźnie wskazały zakres odpowiedzialności, co w konsekwencji wyklucza odpowiedzialność pozwanego (...) w O. – lidera konsorcjum, za zobowiązania wobec podwykonawców partnera konsorcjum zarówno w zakresie odpowiedzialności umownej jak i solidarnej,

b)sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego wskutek naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 231 k.p.c. – poprzez nieuprawnione przyjęcie, że solidarna odpowiedzialność obu konsorcjantów zachodzi na tle uzgodnień tej solidarności wobec generalnego wykonawcy co do kontraktu,

c)sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego wskutek naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 231 k.p.c. – poprzez nieuprawnione przyjęcie, że wykonawca zatrzymał kwoty z faktur wystawianych przez podwykonawcę, tj. powoda w tym postępowaniu, co dawałoby powodowi prawo żądania zwrotu kwoty zabezpieczenia, w momencie gdy zgodnie z umową, kwoty z wynagrodzenia należnego powodowi zostały potrącone jako zabezpieczenie należytego wykonania, co w konsekwencji oznaczało, iż wynagrodzenie powoda zostało w całości zapłacone, a jedynie pomniejszone o wartość potrąconych, a nie zatrzymanych należności z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania umowy z dnia 20 października 2008 roku,

2.naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a)art. 353<sup>(( 1))</sup> k.c. poprzez jego nieuwzględnienie, w momencie gdy strony niniejszego postępowania zawierając umowę, mogły ułożyć stosunek prawny według swego uznania, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż wskazując

konkretny i szczegółowy zakres działań, pozwany (...)w O. jako lider konsorcjum nie był stroną umowy partnera konsorcjum z powodem jako podwykonawcą i wobec braku jakiegokolwiek rozszerzenia mającego na celu powołanie i ukazanie wyrazu działania w imieniu i na rzecz konsorcjum, nieuzasadnione było potraktowanie przez Sąd I instancji tego uprawnienia rozszerzająco, próbując zmienić ustalenia umowne, nadając im inne brzmienie oraz łącząc ustalenia umowne konsorcjum z innymi podmiotami – tu z inwestorem, jako podstawę działania również wobec podwykonawcy – tu wobec powoda,

b)art. 498 i nast. k.c. poprzez ich nieuwzględnienie, w momencie gdy strony niniejszego postępowania tj. wykonawca – (...) Sp. z o.o. i podwykonawca – powód zawierając umowę, ułożyli stosunek prawny w ten sposób, że na zabezpieczenie ewentualnych roszczeń zamawiającego w stosunku do wykonawcy związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przez wykonawcę umowy, w tym roszczeń z tytułu gwarancji i/lub rękojmi do przedmiotu umowy, a także roszczeń osób trzecich w stosunku do zamawiającego z powodu stwierdzonych wad wykonawczych, wykonawca - powód ustanowił na rzecz zamawiającego – (...) Sp. z o.o., zabezpieczenia w wysokości stanowiącej 10% wynagrodzenia wykonawcy netto, a zabezpieczenie to miało zostać przedstawione w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Jednakże wobec braku przedstawienia takiej gwarancji ubezpieczeniowej, powód upoważnił wykonawcę do potrącania z każdej faktury powoda, kwot potrzebnych na ustanowienie tego zabezpieczenia, proporcjonalnie do wartości zabezpieczenia i wartości faktur przejściowych, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż wskazując taki sposób zabezpieczenia, możliwe było dokonanie potrącenia kwot stanowiących część wymaganego zabezpieczenia z wypłaconego wynagrodzenia,

c)art. 366 k.c. i art. 369 k.c. w zw. z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. poprzez ich nieuzasadnione uwzględnienie i zastosowanie, w momencie gdy roszczenie objęte niniejszym pozwem stanowiło żądanie zwrotu gwarancji od pozwanych: wykonawców - w ramach umowy konsorcjum oraz przeciwko inwestorowi, wskazując na ich solidarną odpowiedzialność, podczas gdy kwoty zabezpieczone solidarną odpowiedzialnością z art. 647<sup>1</sup> k.c. mogą być wyłącznie należnym wynagrodzeniem, co prowadzi do wniosku, iż zwrot gwarancji nie stanowi części wynagrodzenia za wykonane roboty i w konsekwencji, w przedmiotowym stanie faktycznym, przepis ten nie może być zastosowany.

Domagał się zmiany zaskarżonego wyroku w całości, tj. przez oddalenie powództwa w stosunku do pozwanego (...) w O., zasądzenie od powoda na rzecz tego pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz zasądzenie od powoda na rzecz tego pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Obie apelacje nie zasługują na uwzględnienie.**

Sąd Okręgowy ocenił zebrane w sprawie dowody zgodnie z kryteriami z art. 233 § 1 k.p.c. i poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne. Sąd Apelacyjny podziela dokonaną przez Sąd I instancji ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego i poczynione przez ten Sąd ustalenia faktyczne, godząc się także z ostatecznym wnioskiem Sądu I instancji co do odpowiedzialności pozwanych wobec powoda za zapłatę dochodzonej przez niego kwoty.

W pierwszym rzędzie należy wskazać, że niezasadne były zarzuty obu apelacji, w ramach których skarżący kwestionowali stanowisko Sądu Okręgowego, iż w umowie z dnia 20 października 2008 roku pomiędzy (...) Sp. z o.o. w O. a powodem na wypadek nieprzedstawienia przez powoda zabezpieczenia ewentualnych roszczeń (...) Sp. z o.o. w stosunku do powoda związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przez powoda umowy, w tym roszczeń z tytułu gwarancji i/lub rękojmi do przedmiotu umowy, a także roszczeń osób trzecich w stosunku do (...) Sp. z o.o. z powodu stwierdzonych wad wykonawczych w formie gwarancji ubezpieczeniowej strony ustanowiły nie noszące cech kaucji gwarancyjnej zabezpieczenie poprzez zatrzymanie wynagrodzenia.

Przy dokonywaniu interpretacji umów należy stosować dyrektywy z art. 65 k.c., odnoszące się do wszystkich kategorii czynności prawnych (§ 1), jak i wyłącznie do umów (§ 2), a konsekwencją tego jest dokonanie wykładni na trzech

poziomach, tj. ustalenia literalnego brzmienia umowy, ustalenia treści oświadczeń woli przy zastosowaniu reguł z § 1 oraz ustalenie sensu oświadczeń woli poprzez odwołanie się do zgodnego zamiaru stron i celu umowy.

Sąd I instancji nie naruszył tych reguł analizując umowę (...) Sp. z o.o. w O. i powoda z dnia 20 października 2008 roku w zakresie postanowień dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy (przy czym Sąd Okręgowy – wbrew odmiennemu zapatrywaniu pozwanej Gminy O. – nie uznał, że postanowienia te stanowiły element przedmiotowo istotny tej umowy).

Treść postanowień przedmiotowej umowy wyklucza przyjęcie, że zamiarem i celem stron było ustanowienie zabezpieczenia ewentualnych roszczeń (...) Sp. z o.o. w stosunku do powoda związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przez powoda umowy, w tym roszczeń z tytułu gwarancji i/lub rękojmi do przedmiotu umowy, a także roszczeń osób trzecich w stosunku do (...) Sp. z o.o. z powodu stwierdzonych wad wykonawczych w formie kaucji gwarancyjnej.

Umowa kaucji jest umową kauzalną (prawną przyczyną przysporzenia jest zabezpieczenie wierzytelności) nosząca cechy depozytu nieprawidłowego i realną, w której kaucjodawca przekazuje określoną ilość pieniędzy, a kaucjodawca może z nich korzystać i zobowiązuje się do ich zwrotu, następuje przeniesienie własności przedmiotu kaucji, które jest połączone z władztwem, czyli konieczne jest przeniesienie posiadania rzeczy. Przeniesienie własności przedmiotu kaucji może przy tym nastąpić w różnych formach, także przez potrącenie.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie kaucji gwarancyjnej może zatem polegać nie tylko na wpłacie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego określonej sumy odrębnej od wynagrodzenia wykonawcy, ale również na potrąceniu przez zamawiającego określonej sumy z wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający może przy tym dokonywać potrącenia przedmiotu kaucji z wynagrodzenia wykonawcy poprzez składanie każdorazowo oświadczeń woli, ale potrącenie może też następować – na podstawie postanowienia umownego upoważniającego zamawiającego do dokonania potrącenia – w sposób dorozumiany poprzez wypłatę wynagrodzenia pomniejszonego o potrąconą kwotę kaucji gwarancyjnej.

Muszą jednak istnieć podstawy do stwierdzenia, że strony ustanowiły zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie kaucji przez potrącenie określonej sumy z wynagrodzenia wykonawcy, a tych – jak wskazano - nie dają postanowienia umowy (...) Sp. z o.o. w O. i powoda z dnia 20 października 2008 roku.

W § 6 ust. 1 tej umowy przewidziano, że na zabezpieczenie ewentualnych roszczeń zamawiającego w stosunku do wykonawcy związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przez wykonawcę umowy, w tym roszczeń z tytułu gwarancji i/lub rękojmi do przedmiotu umowy, a także roszczeń osób trzecich w stosunku do zamawiającego z powodu stwierdzonych wad wykonawczych, wykonawca ustanawia na rzecz zamawiającego zabezpieczenie w wysokości stanowiącej 10% wynagrodzenia wykonawcy netto. Zabezpieczenie zostanie przedstawione zamawiającemu przez wykonawcę w formie gwarancji ubezpieczeniowej zgodnej z wzorem, który strony umowy uzgodniły dwustronnie. W przypadku nieprzedstawienia gwarancji ubezpieczeniowej, wykonawca upoważnia zamawiającego do potrącenia z każdej kolejnej faktury wykonawcy kwot potrzebnych na ustanowienie zabezpieczenia, proporcjonalnie do wartości zabezpieczenia i wartości faktur przejściowych. W ust. 2 wskazano zaś, że kwota zabezpieczenia zostanie zwolniona na rzecz wykonawcy (o ile uprzednio zamawiający nie zaspokoił z niej przysługujących mu roszczeń) w następujący sposób: 1) 70% kwoty po dokonaniu bezusterkowego odbioru końcowego robót, w terminie 30 dni od daty doręczenia zamawiającemu pisemnego wniosku wykonawcy, 2) 30% kwoty zostanie zwrócone po upływie okresu rękojmi i gwarancji i usunięciu ewentualnych wad i usterek, w terminie 30 dni od daty doręczenia zamawiającemu pisemnego wniosku wykonawcy. Z kolei w ust. 3 przewidziano, że wniosek wykonawcy o zwrot kwoty zabezpieczenia powinien zawierać m.in. aktualny numer konta bankowego, na który ma być przelana zatrzymana kwota, wykaz faktur i wartości kwot zabezpieczenia potrąconych z każdej faktury.

W postanowieniach tych, podobnie jak i w innych postanowieniach przedmiotowej umowy, strony w ogóle nie użyły pojęcia „kaucja gwarancyjna” czy „kaucja”. Gdyby zaś zamiarem stron tej umowy było – jak twierdzą skarżący –

ustanowienie zabezpieczenia należytego jej wykonania w formie kaucji, to z pewnością użyłyby w umowie pojęcia „kaucja gwarancyjna”, „kaucja”, które jest pojęciem powszechnie używanym w kontraktach o roboty budowlane.

Zauważyć przy tym trzeba, że redakcja ust. 1 § 6 umowy wskazuje, że jeżeli wolą stron miało być ustanowienie kaucji gwarancyjnej, to winno to wynikać ze sformułowania „... na zabezpieczenie ewentualnych roszczeń ... wykonawca ustanawia na rzecz zamawiającego zabezpieczenie w wysokości stanowiącej 10% wynagrodzenia wykonawcy netto.” Tymczasem w kolejnym zdaniu strony ustalają, że zabezpieczenie powyższe może być przedstawione przez wykonawcę w formie gwarancji ubezpieczeniowej. W ocenie Sądu Apelacyjnego powyższe oznacza, że kaucja nie została umówiona, bowiem gwarancja ubezpieczeniowa jest rodzajowo innym sposobem zabezpieczenia roszczeń i nie jest możliwe przyjęcie, że wpłata kaucji pieniężnej może nastąpić przez przedstawienie gwarancji ubezpieczeniowej.

Jednocześnie strony analizowanej umowy postanowiły, że w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę gwarancji ubezpieczeniowej, zabezpieczenie będzie płatne z każdej kolejnej faktury wystawionej przez wykonawcę, a więc z bliżej niesprecyzowanej kwoty wynagrodzenia wykonawcy, podczas gdy przy zabezpieczeniu w formie kaucji przedmiot kaucji jest konkretnie oznaczony.

Użycie przez strony analizowanej umowy sformułowania „potrącić” nie może przesądzać, że zamiarem stron było ustanowienie zabezpieczenia w formie kaucji gwarancyjnej przez potrącenie określonej sumy z wynagrodzenia wykonawcy.

O ile bowiem w ust. 1 § 6 tej umowy strony wskazały, że wykonawca upoważnia zamawiającego do potrącenia z każdej kolejnej faktury wykonawcy kwot potrzebnych na ustanowienie zabezpieczenia, to w ust. 2 przewidziano, że kwota zabezpieczenia zostanie zwolniona na rzecz wykonawcy. Zwolnić można zaś kwotę, która została zatrzymana. Zresztą w ust. 3 § 6 przedmiotowej umowy strony wskazały, że wniosek wykonawcy o zwrot kwoty zabezpieczenia powinien zawierać m.in. aktualny numer konta bankowego, na który ma być przelana zatrzymana kwota. Nadto opisany tym ustępie sposób zwolnienia czy też zwrotu zabezpieczenia odwołuje się wprost do wynagrodzenia podwykonawcy poprzez obowiązek wskazania faktur, obejmujących to wynagrodzenie, a także wysokości kwot „potrąconych” z każdej faktury, co przy ustanowieniu kaucji gwarancyjnej byłoby nie tylko zbędne, ale wręcz niedopuszczalne – zwrot kaucji pieniężnej następuje w wysokości wpłaconej kwoty pomniejszonej o kwoty przeznaczone na zabezpieczenie roszczeń i nie ma związku z wynagrodzeniem określonym w fakturach.

W świetle tych postanowień trzeba zgodzić się z Sądem I instancji, że przez użyte w analizowanej umowie sformułowanie „potrącić” jej strony nie rozumiały potrącenia umownego, bądź potrącenia ustawowego uregulowanego w art. 498 i nast. k.c., ale zatrzymanie części wynagrodzenia wykonawcy.

Trzeba też podkreślić, że zabezpieczenie przez zatrzymanie wynagrodzenia wykonawcy jest bardzo często stosowane w umowach o roboty budowlane, czy też innych umowach, których przedmiot składa się na rezultat w postaci budowy, bowiem jest ono najprostszym sposobem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przy zabezpieczeniu przez zatrzymanie wynagrodzenia wykonawca jedynie zawiera stosowną umowę z zamawiającym, nie przenosi na zamawiającego własności przedmiotu kaucji w jakiegokolwiek formie – zatrzymanie polega na przesunięciu terminu płatności wynagrodzenia, z możliwością zaspokojenia roszczeń z zatrzymanej kwoty (poprzez potrącenie).

Uwzględniając powyższe trzeba przyjąć za Sądem I instancji, że zamiarem i celem stron analizowanej umowy było zabezpieczenie należytego jej wykonania przez zatrzymanie wynagrodzenia. Tak treść umowy (...) Sp. z o.o. w O. i powoda z dnia 20 października 2008 roku, jak i pozostałe zebrane w sprawie dowody, w tym pisma (...) Sp. z o.o. i powoda, w których (...) Sp. z o.o. posługiwał się sformułowaniami takimi jak „kwot zatrzymanych kaucji”, „kaucji długoterminowych” (k. 67, 268), zaś powód używał sformułowania „zatrzymanych kaucji” (k. 278) w sposób nie zawsze zgodny z ich znaczeniem wynikającym z przepisów prawa, nie dają podstaw do stwierdzenia, że zamiarem i celem stron tej umowy było – jak twierdzą skarżący – zaliczenie przysługującej powodowi wierzytelności z tytułu wynagrodzenia na poczet kwoty, którą musiałby wpłacić tytułem kaucji gwarancyjnej. Zatrzymanie wynagrodzenia, aczkolwiek pełniło funkcję zbliżoną do funkcji kaucji gwarancyjnej, czyli zabezpieczało roszczenia (...) Sp. z o.o. w stosunku do powoda związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przez powoda umowy, w tym



roszczenia z tytułu gwarancji i/lub rękojmi do przedmiotu umowy, a także roszczenia osób trzecich w stosunku do (...) Sp. z o.o. z powodu stwierdzonych wad wykonawczych, to strony nie chciały nadać zabezpieczeniu przez zatrzymanie wynagrodzenia charakteru kaucji gwarancyjnej.

W konsekwencji trzeba zgodzić się z Sądem Okręgowym, że kwoty zatrzymane z wystawionych przez powoda faktur stanowiły część wynagrodzenia powoda, a nie kaucję gwarancyjną zatrzymaną w celu zabezpieczenia roszczeń (...) Sp. z o.o. w stosunku do powoda związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przez wykonawcę umowy, w tym roszczeń z tytułu gwarancji i/lub rękojmi do przedmiotu umowy, a także roszczeń osób trzecich w stosunku do zamawiającego z powodu stwierdzonych wad wykonawczych.

Wobec upływu okresu, na jaki zostało zatrzymane wynagrodzenie powoda i niepowstania roszczeń zabezpieczonych poprzez zatrzymanie wynagrodzenia, powodowi przysługuje zwrot tego wynagrodzenia w dochodzonej przez niego kwocie, znajdującej oparcie w zebranych w sprawie dokumentach i niekwestionowanej przez skarżących.

Za zapłatę dochodzonego przez powoda wynagrodzenia pozwany (...) w O. jako generalny wykonawca w ramach zbiorowego generalnego wykonawcy – konsorcjum, którego był liderem i pozwana Gmina O. ponoszą solidarną odpowiedzialność na podstawie art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c.

Przewidziana w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. solidarna odpowiedzialność inwestora (wykonawcy) za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę uwarunkowana jest wyrażeniem przez inwestora zgody na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą w sposób przewidziany w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c., a więc w sposób czynny, w tym wyraźny (ustny lub pisemny), bądź dorozumiany albo w sposób bierny (milczący).

Powód – jak wynika z odpowiedzi na pozew pozwanej Gminy O. i dołączonych doń dokumentów, w szczególności pisma z dnia 2 kwietnia 2009 roku (k. 99) – został zgłoszony pozwanej Gminie O. przez (...) S.A. w O. jako podwykonawca i pozwana Gmina O. zaakceptowała powoda jako podwykonawcę.

Jednocześnie trzeba wskazać, że pozwana Gmina O. nie zapłaciła generalnemu wykonawcy za roboty wykonane przez powoda, przynajmniej nie powoływała się na to, nie wskazywał też na to pozwany (...) w O.). Nie sposób zatem uznać, że obciążenie pozwanej Gminy O. obowiązkiem zapłaty powodowi dochodzonego przez niego wynagrodzenia jest krzywdzące dla tej pozwanej.

Także pozwany (...) w O. – jak wynika z pism do powoda z dnia 16 lutego 2009 roku (k. 78-79) i do (...) Sp. z o.o. w O. z dnia 5 listopada 2010 roku (k. 80) wyraził zgodę by powód jako podwykonawca wykonywał roboty w zakresie kontraktu nr (...).

Powód nie może domagać się od pozwanego (...) w O. zapłaty wynagrodzenia na podstawie pkt 1.14 f warunków szczególnych kontraktu pomiędzy pozwaną Gminą O. a działającymi w ramach umowy konsorcjum pozwanym (...)w O. – jako liderem (...) w O. – jako partnerem konsorcjum pt. „Budowa i modernizacja systemu kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz rozbudowa sieci wodociągowej w O. – część II, Kontrakt (...), w którym wskazano, że lider konsorcjum i partner konsorcjum są solidarnie odpowiedzialni również za rozliczenia wobec zatrudnionych podwykonawców, skoro nie był stroną tej umowy. W umowie tej pozwany (...) w O. przyjął jednak solidarną odpowiedzialność za rozliczenia wobec zatrudnionych podwykonawców. Pozwany (...)w O. przyznał też, że ponosi solidarną odpowiedzialność za rozliczenia wobec powoda w skierowanym do (...) Sp. z o.o. w O. piśmie z dnia 7 grudnia 2010 roku (k. 81). Nadto pozwany (...)w O. zapłacił bezpośrednio powodowi część jego wynagrodzenia, przez co faktycznie uznał, że ponosi solidarną odpowiedzialność za zapłatę powodowi wynagrodzenia.

Tym samym musiał upaść podniesiony przez pozwaną Gminę O. zarzut naruszenia art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. przez przyjęcie przez Sąd I instancji, że ponosi ona odpowiedzialność za zapłatę powodowi wynagrodzenia.

Musiały również upaść sformułowane przez pozwanego (...) w O. zarzuty sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego wskutek naruszenia art. 231 k.p.c. (przy czym Sąd I instancji nie

ustalił żadnych faktów w drodze domniemania faktycznego, a jednocześnie skarżący nie wykazał, aby zasadne było wnioskowanie o jakims fakcie w trybie art. 231 k.p.c.) oraz zarzuty naruszenia prawa materialnego, tj. art. 353<sup>((1))</sup> k.c., art. 366 k.c. i art. 369 k.c. w zw. z art. 647<sup>((1))</sup> § 5 k.c., w ramach których podważał on swoją odpowiedzialność za zapłatę dochodzonego przez powoda wynagrodzenia.

Dlatego obie apelacje podlegały oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono mając na uwadze wynik tego postępowania oraz treść art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 105 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 108 § 1 k.p.c. i art. 109 k.p.c. Pozwani przegrali sprawę w drugiej instancji i dlatego powinni solidarnie zwrócić powodowi poniesione przez niego w postępowaniu apelacyjnym koszty procesu obejmujące wynagrodzenie reprezentującego go radcy prawnego, którego wysokość ustalono na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (j.t. Dz. U. z 2013 roku, poz. 490).