

Sygn. akt I ACa 873/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 marca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Krzysztof Chojnowski
Sędziowie	:	SA Elżbieta Borowska SA Jarosław Marek Kamiński (spr.)
Protokolant	:	Łukasz Patejuk

po rozpoznaniu w dniu 24 marca 2017 r. w Białymstoku na rozprawie

sprawy z powództwa **N. H.**

przeciwko **Gminie B.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 29 czerwca 2016 r. sygn. akt I C 920/14

I. zmienia zaskarżony wyrok:

a) **w punkcie I w ten sposób, że zasądza od pozwanej Gminy B. na rzecz powoda N. H. kwotę 53.879,40 (pięćdziesiąt trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt dziewięć 40/100) zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 21 sierpnia 2014 r. do dnia zapłaty i oddala powództwo w pozostałej części;**

b) **w punkcie II i III w ten sposób, że zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 3.797 zł tytułem zwrotu części kosztów procesu**

c) **w punkcie IV w ten sposób, że nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa- Sądu Okręgowego w Białymstoku od powoda kwotę 375,65 zł, a od pozwanej kwotę 612,90 zł tytułem wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa;**

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 5280 zł tytułem zwrotu części kosztów procesu instancji odwoławczej.

(...)

UZASADNIENIE

Powód N. H., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) z siedzibą w B., po ostatecznym sprecyzowaniu powództwa wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanej Gminy B. – Zarządu Dróg i Inwestycji Miejskich kwoty 86.522,63 zł z ustawowymi odsetkami, w tym kwoty 24.894,71 zł tytułem zwrotu kaucji zatrzymanej z wynagrodzenia oraz kwoty 61.627,92 zł tytułem pozostałej części wynagrodzenia za wykonanie prac, wyszczególnionych w pkt 3, 4, 5 i 6 protokołów zaawansowania robót. Domagał się także zasądzenia na jego rzecz zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 29 czerwca 2016 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku oddalił powództwo (pkt. I); zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 1.000 zł tytułem zwrotu kosztów sadowych (pkt. II); zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (pkt. III); nakazał pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Białymstoku kwotę 988,55 zł tytułem zwrotu wydatków (pkt. IV).

Sąd ten ustalił, że pozwana była Inwestorem zadania pod nazwą: budowa (...)w B., realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007-2013, Oś priorytetowa I, Nowoczesna gospodarka, Priorytet I.3. Wspieranie innowacji; wykonywanego w systemie generalnego wykonawstwa przez (...) S.A. w B., obecnie (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej.

W dniu 2 maja 2011 r. (...) S.A. jako Zamawiający zawarł z powodem jako Wykonawcą umowę Nr (...), której przedmiotem było kompleksowe wykonanie robót ziemnych pod (...) oraz pod elementy zagospodarowania terenu wraz z załącznikami (§ 1 umowy). Strony ustaliły termin rozpoczęcia prac na 11 maja 2011 r., a zakończenia na 15 września 2011 r. (§ 2 umowy). W § 3 umowy uzgodniły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 252.500 zł netto (310.575 zł brutto). Okresy gwarancji i rękojmi dla wszystkich wykonanych prac wynosiły 60 miesięcy plus 30 dni, których bieg miał się rozpoczynać z dniem podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego inwestycji przez Inwestora (§ 5 umowy).

Zgodnie z § 3 pkt 9 Standardowych warunków dla podwykonawców, dniem odbioru końcowego miał być dzień podpisania przez Zamawiającego i Inwestora bezusterkowego (...), po usunięciu wszelkich usterek przez Wykonawcę. W § 11 ust. 1 ustalono zaś, że Zamawiający będzie uprawniony do dokonywania zatrzymań zabezpieczenia w wysokości 10% wartości umownej brutto z tytułu gwarancji należytego wykonania umowy, a po jej wykonaniu na okres rękojmi i gwarancji, od uznanych sum wynikających z faktur częściowych. Zabezpieczenie miało być zatrzymywane z każdej faktury Wykonawcy. Zamawiający miał być uprawniony do skorzystania z zatrzymania zabezpieczenia w każdym przypadku niewykonania lub nieprawidłowego wykonania umowy przez Wykonawcę. Zgodnie z § 11 ust. 4, zabezpieczenie podlegało zwolnieniu w wysokości 50% kwoty po bezusterkowym podpisaniu protokołu odbioru końcowego robót przez Inwestora w terminie 30 dni od pisemnego zgłoszenia Wykonawcy, a kolejne 50% kwoty – po upływie terminu gwarancji i rękojmi w terminie 30 dni od pisemnego zgłoszenia Wykonawcy.

Jak dalej ustalił Sąd, powód wykonywał prace ziemne (wykopy pod budynki, zasypywanie i zagęszczanie podłoża), które podzielone były na kilka etapów. Po każdej zakończonej partii robót następował ich protokolarny odbiór. Na tej podstawie powód wystawiał Generalnemu Wykonawcy faktury VAT tytułem wynagrodzenia za wykonane prace, objęte protokołem według ich procentowego zaawansowania. Z uwagi na opóźnienia w postępach robót, Generalny

Wykonawca był zmuszony do wspomagania się inną, zewnętrzną firmą (...) -bruk, której zakres prac pokrywał się z zakresem prac powoda.

Całość inwestycji kontrolowana była przez inżynierów i kierownika budowy (P. W.) oraz była odbierana przez geologa. Kontrola geologiczna wypadła pozytywnie, a wszelkie zaobserwowane uchybienia były na bieżąco poprawiane.

W miarę postępu wykonywanych prac, powód przedkładał Zamawiającemu protokoły zaawansowania robót z wyszczególnieniem faktycznie wykonanych czynności w ramach realizacji umowy, przy czym ostatni protokół obejmował okres do dnia 25 czerwca 2012 r. Jak ustalił Sąd I instancji, w okresie od września 2011 r. do kwietnia 2012 r. powód w dalszym ciągu pojawiał się na budowie, ale z przedłożonej do pozwu dokumentacji nie sposób było określić charakteru i zakresu wykonywanych przez niego prac. Ostatnio wystawiona przez niego faktura nie została opłacona, gdyż w ocenie pozwanej nie wywiązał się on z terminowego wykonania umowy, dodatkowo nie przedłożył protokołu odbioru końcowego.

Prowadzona między stronami korespondencja umożliwiła Sądowi I instancji ustalenie, że dopiero w okolicach maja 2014 r. powód uzyskał podpis kierownika budowy stwierdzający wywiązanie się z umowy i wykonanie wszystkich zleconych prac w całości. Przedłożony na tę okoliczność protokół odbioru końcowego nie został jednak opatrzony datą. Poza tym – w ocenie Sądu – znamienym było, że w piśmie do Prezydenta Miasta B. (20 lutego 2012 r.) powód podkreślał, że wykonał prace w 100%, ale kierownik budowy od 5 miesięcy nie wyraża zgody na podpisanie protokołu zaawansowania robót, czego bezpośrednią przyczyną były zastrzeżenia do jakości prac i konieczność ich poprawienia.

Suma prac wykonanych przez powoda została opłacona do kwoty 207.333,08 zł, w oparciu o wystawiane faktury VAT oraz protokoły częściowego odbioru prac.

Dnia 14 maja 2014 r. Sąd Rejonowy w Białymstoku postanowieniem wydanym w sprawie VIII GU 7/14 ogłosił upadłość obejmującą likwidację majątku dłużnika (...) S.A. w B.. Powód zgłosił swoją wierzytelność do masy upadłości do kwoty 13.732,83, zaś syndyk masy upadłości uznał ją w kwocie 12.596,36 zł i w takiej wysokości umieścił na liście wierzytelności.

Sąd zwrócił dalej uwagę na fakt, że do akt sprawy przedłożone zostały kserokopie dziennika budowy dotyczące m.in. postępu prac i ich zakresu w ramach wykonawstwa powoda, które kończyły się na dacie 10 lipca 2012 r., jak również zestawienie raportów miesięcznych za okres od maja 2011 r. do kwietnia 2012 r. Analiza tych zapisów doprowadziła Sąd Okręgowy do wniosku, że jakkolwiek od września 2011 r. obecność powoda była odnotowywana, to jednocześnie brak wzmianek o podejmowanych przez niego czynnościach. Sąd zwrócił także uwagę na fakt, że do żądania zapłaty powoda sformułowanego pod koniec 2012 r. nie został przedłożony protokół zakończenia robót. O istnieniu tego protokołu pozwana dowiedziała się dopiero w 2014 r., wraz z kolejnym sformułowanym roszczeniem. W tej dacie dotychczasowy kierownik budowy P. W. nie pełnił już tej funkcji i niezależnie od złożonego w protokole podpisu, wykroczył poza swoje uprawnienia.

W celu ustalenia zakresu faktycznie wykonanych przez powoda robót, ich terminowości i jakości, Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego. K. uzupełniana opinia, zarówno pisemnie, jak i ustnie na rozprawie, umożliwiła Sądowi przyjęcie, że w aktach sprawy nie ma żadnego dokumentu pochodzącego z okresu realizacji zadania, który by świadczył o dokonaniu czynności wprowadzenia innego wykonawcy w miejsce powoda, aczkolwiek sam zainteresowany treścią pisma z dnia 27 stycznia 2014 r., skierowanego do Prezydenta Miasta B., wskazywał iż pewien zakres prac (rozliczony i zaakceptowany przez powoda) wykonała inna – zastępczo wprowadzona – firma (...) -bruk (w ciągu tygodnia). Inwestor Zastępczy jak też Generalny Wykonawca (...) S.A., zgodnie twierdzili, że powód nie wykonał całkowicie zakresu umownego prac, nie wskazując w żaden sposób, jaki ich zakres nie został wykonany. Biegły przyjął więc, że powód nie wykonał w 100% zasypania fontanny oraz pozostały mu do wykonania poprawki makroniwelacji atrium (pkt 4 protokołu „wykonanie podkładów z pospółki i makroniwelacja z zagęszczeniem budynek inkubatora i centrum). W trakcie realizacji prac nie były powodowi zgłaszane żadne zastrzeżenia, które odnotowywano by w dzienniku budowy, aczkolwiek z wzajemnej korespondencji stron wynikało, że powód uszkodził kabel i nieprawidłowo wykonywał bieżące prace. Biegły wskazał też na liczne mankamenty przedłożonych przez powoda protokołów odbioru,

których nie sposób było wiązać z dziennikiem budowy. Z przedłożonych do akt sprawy dokumentów nie wynikało, by wszystkie zlecone umową prace zostały wykonane. Zapisy w dzienniku budowy wspominały tylko o fakcie ich prowadzenia, bez wskazywania personalnie wykonawcy. Biegły zauważył nadto, że do grudnia 2012 r. prace jeszcze trwały, przy czym jeżeli powód twierdził, że zakończył roboty na 5 miesięcy wstecz licząc od lutego 2012 r., to nie mógł ich wykonywać w późniejszym terminie (przy czym z dziennika budowy wynikało, że takie prace były prowadzone).

W oparciu o powyższe ustalenia, Sąd Okręgowy – na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. – ocenił powództwo jako bezzasadne. Zaznaczył, że zgodnie z żądaniem Inwestora, na podstawie przygotowanego przez niego wzoru protokołu zaawansowania robót, podwykonawcy sporządzali oświadczenia o postępie prac, zestawiając w nich m.in. nazwę elementu oraz wartość umowną (zł), które następnie przekazywane były wraz z fakturą VAT na określoną, obliczaną procentowo, kwotę Generalnemu Inwestorowi. Inwestor był na bieżąco informowany o postępach prac przez (...) S.A., a każdy ich etap odbierany był przez reprezentującego pozwaną inspektora.

Zdaniem Sądu I instancji – dla oceny zasadności roszczeń powoda – szczególnie istotne okazały się zeznania świadków wykonujących pracę na inwestycji oraz opinia biegłego. Sąd w całości podzielił treści i wnioski w niej zawarte, uznając ją za opracowaną w sposób prawidłowy i rzetelny, w pełni zasługującą na walor wiarygodności.

W ocenie Sądu, powód nie wykazał w sposób należyty okoliczności, iż prace wykonywane przez niego w ramach realizacji inwestycji zostały finalnie zakończone, zgodnie z ustaleniami poczynionymi treścią umowy. Zdaniem Sądu, powód powinien wykazać się należyłą inicjatywą dowodową i wykazać zasadność swojego roszczenia. Tymczasem z jednej strony w korespondencji z pozwaną zaprzeczał, by w rzeczywistości całość prac została przez niego wykonana, z drugiej zaś z dostępnej dokumentacji wynikało, że brak jest jakichkolwiek zapisów dotyczących wykonania obsypania budynków z zagospodarowania terenu. Ponadto, istotne wątpliwości Sądu wzbudził przedłożony do pozwu protokół końcowego odbioru robót, którego druk był różny od tego, będącego załącznikiem nr 5, a więc integralną częścią umowy zawartej między stronami. Brak opatrzenia datą jego sporządzenia, daty określającej gotowość powoda do odbioru, brak ustaleń terminowych: rozpoczęcia i zakończenia prac oraz szeregu innych obostrzeń odgórnie narzuconych zgodną wolą stron w podstawowym wzorze, poddawała w wątpliwość okoliczności, które ów dokument miał stwierdzać. W rezultacie Sąd uznał, że powód nie wywiązał się z ciężącego na nim obowiązku udowodnienia zasadności zgłoszonego roszczenia. Nie udźwignął ciężaru udowodnienia faktów, z których wywodził korzystne dla siebie skutki prawne.

Sąd Okręgowy wskazał, że ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynikało, że do lipca 2011 r. powód faktycznie wykonywał konkretne czynności na budowie, zaś po tej dacie brak wzmianki o podejmowanych pracach. Tym samym – zdaniem Sądu – brak potwierdzenia, by to on dokonywał zasypywania obiektów zagospodarowania terenu, zgodnie z postanowieniami umowy. (...) S.A. można było postawić zarzut nieprawidłowej organizacji pracy na budowie (co było bezpośrednią przyczyną niewykonania inwestycji w terminie), to jednak obowiązkiem powoda było wywiązywanie się z poczynionych ustaleń (co winno znajdować odzwierciedlenie w dokumentach budowy, w dzienniku czy też stosownych raportach z postępu prac). Sąd zauważył również, że od września 2011 r. na budowie pojawiła się firma (...) D. D. z zakresem prac zbliżonym do zakresu powierzonego powodowi. W zestawieniu natomiast z treścią raportów, szczególnie ich części 4 pod nazwą „Kluczowe daty realizacji Inwestycji”, prace objęte przedmiotem umowy miały miejsce wyłącznie w okresie do sierpnia 2011 r. (co też znajdowało odzwierciedlenie w protokołach zaawansowania robót i wystawianych przez powoda fakturach, następnie opłacanych przez (...) S.A.). Obecność powoda na budowie w okresie od września 2011 r. do kwietnia 2012 r., bez udokumentowanych zapisów dotyczących wykonania jakichkolwiek robót oraz po terminie przewidzianym w umowie wskazywała – zdaniem Sądu – że w tym okresie mogły być prowadzone wyłącznie prace naprawcze i wadliwe.

Sąd wskazał dalej, że zgodną wolą stron było uznanie za dzień dokonania odbioru końcowego, dnia podpisania przez Zamawiającego i Inwestora bezusterkowego (...). Tymczasem, z przedłożonego do akt sprawy protokołu na k. 22 nie wynika, w jakiej dacie został sporządzony, a z dodatkowo poczynionych ustaleń wynika, że został

zaopatrzone podpisem w terminie nie wcześniejszym niż w okolicach maja 2014 r. (kiedy to P. W. nie dysponował już uprawnieniami do stwierdzenia okoliczności zawartych w jego treści z ramienia (...) S.A.).

Stąd też Sąd I instancji oddalił powództwo w tej części jak niezasadne.

Zdaniem Sądu, zagadnieniem wymagającym odrębnego omówienia było żądanie zapłaty równowartości części zatrzymanych kwot, tj. zwrotu kaucji gwarancyjnej zabezpieczającej prawidłowe wykonanie umowy w wysokości 24.894,71 zł. Zdaniem Sądu, art. 647¹ § 5 k.c., z którego powód wywodził odpowiedzialność pozwanej również i w tym zakresie, nie znajdowała zastosowania. Przepis ten nie reguluje bowiem ubocznych płatności. Sąd podkreślił, że kaucja gwarancyjna ma szczególny charakter i nie stanowi wynagrodzenia za wykonanie umowy. Umowa o podwykonawstwo jest umową odrębną od zawartej pomiędzy inwestorem a wykonawcą, chociaż pozostaje z nią związana. O ile zatem stronie powodowej co do zasady należy się jako pozostała do uiszczenia część wynagrodzenia, to nie przysługuje jej roszczenie o zwrot od inwestora kaucji zabezpieczającej, która nie jest wynagrodzeniem i nie jest objęta dyspozycją art. 647¹ § 5 k.c.

Kontynuując Sąd zaznaczył, że z okoliczności niniejszej sprawy wynikało, iż część określonego w umowie wynagrodzenia powoda, została zatrzymana przez (...) S.A. tytułem zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy – kaucji gwarancyjnej. Jej zwrot miał nastąpić po bezusterkowym podpisaniu protokołu odbioru końcowego całości inwestycji przez Inwestora. Sąd zauważył jednak, że w chwili pomniejszenia konkretnych faktur i zatrzymania kaucji, zmieniła ona swoją funkcję. Została wyłączona z wynagrodzenia i stała się samoistnym zabezpieczeniem przyszłych roszczeń, mogących powstać w sytuacji ujawnienia się usterek w wykonanych robotach. Podwykonawca i Wykonawca w zawartej umowie podwykonawczej samodzielnie ustanowili zabezpieczenie należytego wykonania umowy w takiej właśnie postaci. Dlatego też, zdaniem Sądu, zatrzymana kwota nie mogła być traktowana jako składnik wynagrodzenia powoda, a tym samym jako jego niezapłacona część. Roszczenie powoda w tym zakresie to roszczenie o zwrot zabezpieczenia, dlatego też powinno nastąpić w oparciu o postanowienia umowy łączącej powoda z Generalnym Wykonawcą.

W świetle powyższego, również w tej części Sąd oddalił powództwo.

O kosztach procesu orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. i § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu. Z uwagi na fakt, iż część wynagrodzenia biegłego została pokryta z zaliczek wpłaconych na poczet opinii przez strony (po 1.000 zł od każdej z nich), zaś pozostała – tymczasowo ze Skarbu Państwa – nakazał pobrać od powoda kwotę 988,55 zł tytułem zwrotu brakujących wydatków.

Apelację od tego wyroku wniósł powód, zaskarżając go w pkt. I w części co do kwoty 74.075,28 zł i w całości w pkt. II, III i IV. Sądowi I instancji zarzucił:

1) sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego materiału dowodowego poprzez przyjęcie, że nie wykazał on w sposób należyty okoliczności, iż zakończył prace na obiekcie zgodnie z ustaleniami zawartej umowy, podczas gdy z akt sprawy (w szczególności z opinii biegłego, zapisów dziennika budowy oraz zeznań świadków: G. K., D. S., W. H.) jednoznacznie wynikało, że wywiązał się z ciążących na nim obowiązków umownych, a jednocześnie brak dowodów na to, by zakres jego prac został wykonany przez innego wykonawcę;

2) naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej a nie swobodnej oceny dowodów i oparcie orzeczenia wyłącznie na twierdzeniach strony pozwanej i jej pracownika, z jednoczesnym pominięciem wyjaśnień powoda, spójnych i logicznych zeznań świadków D. S., G. K. i W. H. oraz korelujących z nimi dowodów w postaci opinii biegłego i zapisów z dziennika budowy – w zakresie, w jakim potwierdzały, że powód finalnie zrealizował prace w ramach inwestycji;

3) naruszenie art 233 k.p.c. poprzez błędną ocenę dowodów i nieprawidłowe przyjęcie, że zapis § 11 ust. 1 załącznika nr 1 do umowy z dnia 2 maja 2011 r. dotyczący zatrzymanego zabezpieczenia, przemawia za uznaniem, iż w chwili pomniejszenia konkretnych faktur i zatrzymania części wynagrodzenia, zmieniło ono swoją funkcję i w konsekwencji zostało wyłączone z wynagrodzenia, stając się samoistnym zabezpieczeniem przyszłych roszczeń, podczas gdy do takiej zmiany nie mogło dojść, a zatrzymana kwota nadal stanowi część wynagrodzenia;

4) naruszenie art. 647¹ § 5 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że zatrzymana kwota jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy, nie stanowi części wynagrodzenia za roboty budowlane i w konsekwencji błędne przyjęcie, że roszczenie powoda pozostaje poza dyspozycją tego przepisu, a pozwana nie jest solidarnie odpowiedzialna do zapłaty dochodzonej kwoty.

Mając to na uwadze, wniósł o zmianę pkt I wyroku poprzez zasądzenie na jego rzecz kwoty 74.075,28 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz należnymi kosztami procesu za obie instancje; ewentualnie – uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda w przeważającej części zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne Sądu I instancji, jako że znajdują one oparcie w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Nie aprobuje natomiast wniosków wyprowadzonych z tego materiału oraz – będącej ich naturalną konsekwencją – oceny prawnej powództwa jako bezzasadnego w całości.

W pierwszym rzędzie zgodzić się należy z Sądem Okręgowym, że przedłożone do pozwu dokumenty w postaci protokołu zaawansowania robót za okres do dnia 25 czerwca 2012 r. (k. 21) i protokół odbioru końcowego (k. 22) nie mogły stanowić rzetelnych i miarodajnych dowodów potwierdzających podnoszone przez powoda okoliczności, tj. że wszystkie prace objęte treścią umowy z dnia 2 maja 2011 r. (k. 7 – 13) zostały przez niego wykonane. Przede wszystkim protokoły te różnią się zarówno wizualnie, jak też merytorycznie od zatwierdzonych wzorów protokołów (załącznik nr 3 i 5), stanowiących integralną część umowy (§ 8 umowy). Wprawdzie widnieje na nich podpis kierownika budowy – P. W., ale w przeciwieństwie do trzech poprzednich protokołów (niekwestionowanych i zgodnych z umownymi wzorami) – brak odcisku jego pieczęci. W prawym górnym rogu brak też oznaczenia, że są to załączniki. Poza tym, jak było wielokrotnie podnoszone w ramach postępowania pierwszo-instancyjnego – na protokole odbioru końcowego (k. 22), brak jest daty jego sporządzenia i brak drugiej (wymaganej wzorem) części zawierającej pkt. 4 – 9 (k. 16). Co istotne jednak, powód przedłożył powyższe protokoły dopiero w połowie maja 2014 r. (k. 58), podczas gdy jeszcze pod koniec stycznia 2014 r. (k. 57) twierdził, że kierownik budowy odmawia swego podpisu. Powyższe nasuwa logiczny wniosek, że podpisy znalazły się na protokołach po dacie 27 stycznia 2014 r., tj. w czasie, gdy P. W. nie pełnił już funkcji kierownika budowy na obiekcie (...) w B.. Budynek ten został bowiem zgłoszony do odbioru w dniu 28 listopada 2013 r. (a odbiór rozpoczął się 3 grudnia 2013 r.). Zatem, zakładając nawet, że P. W. faktycznie podpisał się pod w/protokołami, zrobił to nieskutecznie.

Podzielając ocenę Sądu I instancji co do wątpliwych walorów dowodowych przedłożonych przez powoda protokołów (k. 21 i 22), nie sposób jednak zgodzić się z argumentacją tego Sądu, że konsekwencją ich niewiarygodności jest nieudowodnienie przez powoda – w żadnym zakresie – dochodzonych roszczeń. Podkreślenia wymaga, że protokół odbioru robót w procesie budowlanym stanowi w istocie pokwitowanie spełnienia świadczenia niepieniężnego. Dokument ten pozwala domniemywać, że wskazany zakres prac został wykonany i zaakceptowany przez odbiorcę. Nie jest to jednak jedyny dowód potwierdzający wykonanie robót budowlanych. W sprawach tego typu niejednokrotnie zdarza się (z różnych przyczyn), że strony nie dysponują stosownymi protokołami zdawczo-odbiorczymi. Nie oznacza to jednak, że nie mogą wykazywać wykonania prac i ich zakresu innymi środkami dowodowymi, np. zeznaniami świadków, czy opiniami biegłych. W okolicznościach niniejszej sprawy, gdzie spór dotyczył podwykonawcy i inwestora, na szczególną uwagę zasługuje stanowisko orzecznictwa, zgodnie z którym brak formalnego odbioru między wykonawcą a podwykonawcą nie pozbawia podwykonawcy prawa do wynagrodzenia, jeżeli obiekt został

wybudowany w całości i odebrany przez inwestora oraz uzyskał pozwolenie na użytkowanie – co akurat w niniejszym procesie nie było kwestionowane (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 grudnia 2014 r., I ACa 947/14, a także uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 1997 r., II CKN 446/97).

W celu ustalenia zakresu faktycznie wykonanych przez powoda prac, Sąd Okręgowy przeprowadził m.in. dowody z zeznań świadków i opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa – T. P.. O ile zeznania świadków nie dostarczyły jednoznacznych odpowiedzi na kluczowe zagadnienia (były rozbieżne) i różnie można je oceniać, o tyle dowód z opinii biegłego okazał się rzetelny i przydatny dla rozstrzygnięcia sprawy (szczególnie opinia uzupełniająca, k. 270 – 274). Przede wszystkim wskazać trzeba, że biegły opiniował w oparciu o zapisy w dzienniku budowy, treść wzajemnej korespondencji stron i korespondencji między powodem a Generalnym Wykonawcą, a także na podstawie dostarczonych przez pozwaną raportów miesięcznych (przy piśmie z dnia 11 lutego 2016 r.). Jak słusznie biegły zauważył, w dokumentach tych (jak też w aktach niniejszej sprawy) brak jakichkolwiek dowodów wskazujących na wprowadzenie innego wykonawcy w miejsce powoda. Faktem jedynie jest, że w trakcie wykonywania prac przez powoda, przez tydzień czasu pomagała mu inna firma – Al-bruk, która otrzymała wynagrodzenie z części wynagrodzenia powoda.

Pod koniec procesu (pod wpływem opinii uzupełniającej biegłego) pozwana zaczęła formułować twierdzenia, że od września 2011 r. na placu budowy pojawiła się firma (...), która zastępczo dokończyła prace za powoda. Ten ostatni, jakkolwiek był obecny na placu budowy w okresie wrzesień 2011 – kwiecień 2012 r., to – według pozwanej – poprawiał jedynie stwierdzone usterki i wady. Powyższym twierdzeniom przeczy jednak treść korespondencji powoda z Generalnym Wykonawcą, gdzie jeszcze w styczniu 2012 r. (zatem w czasie, gdy na budowie była już obecna firma (...)) spółka (...) wzywała powoda do wykonania bieżących robót (k. 107 i 110), których nie tylko określnik („bieżące”) ale też wyszczególniony zakres nie pozwalają uznać ich za prace jedynie „poprawkowe”. Ponadto z okoliczności sprawy wynika, że jakkolwiek w pracach powoda wystąpiły opóźnienia, to były one spowodowane działaniami Generalnego Wykonawcy. W przeciwnym bowiem razie (...) niewątpliwie skorzystałby z przysługujących mu uprawnień, takich jak prawo odstąpienia od umowy oraz naliczenia kar umownych (§ 6 ust. 1 pkt. 1, 5 i 7 umowy, § 14 ust. 1 Standardowych warunków dla podwykonawców). W aktach sprawy brak też dowodów wskazujących, by powód został obciążony kosztami wykonania zastępczego (§ 13 ust. 1 Standardowych warunków dla podwykonawców).

Skoro zatem określone prace wchodzące w zakres umowy z dnia 2 maja 2011 r. zostały wykonane, a strona pozwana nie wykazała, by wykonał je inny wykonawca, to logicznym jest domniemanie, że wykonał je właśnie powód. Strona pozwana powoływała się wprawdzie na korespondencję z Generalnym Wykonawcą i Inwestorem Zastępczym, którzy wskazywali na niekompletność i wadliwość prac powoda, ale zauważyć trzeba (co dostrzegł także biegły), że brak tam jakichkolwiek konkretów, o które prace dokładnie chodzi, jaki zakres nie został wykonany, a jaki został wykonany wadliwie i dlatego.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, wydane przez biegłego opinie (główna i uzupełniająca) są rzetelne, fachowe i wyczerpujące. Ostatecznie też (po wydaniu opinii uzupełniającej) stanowisko biegłego nie było zwalczane przez żadną ze stron postępowania. Podkreślenia wymaga, że biegły opiniował w oparciu o dostępny materiał dowodowy, skrupulatnie studiując zapisy w dzienniku budowy, wzajemną korespondencję stron oraz korespondencję powoda z Generalnym Wykonawcą, a także dostarczone przez pozwaną raporty miesięczne (pismem z dnia 11 lutego 2016 r.). Na podstawie tej dokumentacji oraz logicznych domniemań (stosowanych posiłkowo), stwierdził w opinii uzupełniającej, że brak dostatecznych dowodów na to, by powód wykonał wszystkie prace objęte umową z dnia 2 maja 2011 r., ale z pewnością wykonał ich zdecydowaną większość. Biegły wskazał na konkretne zapisy w raportach miesięcznych i wyciągnął z nich logiczne wnioski, że skoro pewne prace zostały wykonane, to wcześniej musiały być wykonane inne prace (objęte zakresem robót powoda). Przykładowo, skoro w październiku 2011 r. były wykonywane ściany, fasady i słupy na kondygnacji nadziemnej budynku centrum, to oczywistym jest, że wcześniej budynek ten musiał być odpowiednio zasypany. Idąc tym tokiem rozumowania dokładnie wskazał, które prace i w jakim terminie siłą rzeczy musiały być wykonane, by można było przystąpić do dalszych etapów (wszystkie prace ujęte w pkt. 1-3 i 5 protokołów zaawansowania robót).

Analizując treść wzajemnej korespondencji powoda z Generalnym Wykonawcą ze stycznia 2012 r., biegły jednoznacznie stwierdził, że powód nie wykonał w 100% (do czego sam się przyznał w pismach na k. 108 i 111) zasypania fontanny (ujętego w pkt. 6 protokołu jako budynek z zagospodarowania terenu) i poprawek makroniwelacji atrium (pkt. 4 protokołu „wykonanie podkładów z pospółki z makroniwelacją i zagęszczeniem”).

Powyższa opinia pozwala zatem przyjąć, że powód nie wykonał w pełnym zakresie prac z poz. 4 i 6 protokołu, o wartościach odpowiednio 8.920 zł netto (22.300 zł – 13.380 zł – według ostatniego protokołu za okres do dnia 25 sierpnia 2011 r., k. 20) oraz 7.500 zł netto (k. 20). W związku z powyższym należało pomniejszyć dochodzone przez niego wynagrodzenie (61.627,92 zł brutto) o w/w kwoty – powiększone o należny podatek VAT (łącznie 20.196,60 zł brutto).

Nadmienić wypada, że fakt ukształtowania należnego powodowi wynagrodzenia jako wynagrodzenia ryczałtowego, nie wyklucza możliwości jego odpowiedniego zmodyfikowania – w oparciu o zakres faktycznie wykonanych prac. W orzecznictwie ugruntowany jest bowiem pogląd, że jeżeli strony umowy się o wynagrodzenie ryczałtowe (art. 632 k.c.), a roboty nie zostały wykonane w całości ale w części, to wynagrodzenie należne wykonawcy winno być określone proporcjonalnie do wykonania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 1985 r., II CR 494/84; a także wyroki tego Sądu z dnia 26 kwietnia 2007 r., III CSK 366/06 oraz z dnia 16 sierpnia 1972 r., III CRN 202/72).

Dla oceny należnego powodowi wynagrodzenia, bez znaczenia jest okoliczność (kilkukrotnie zaakcentowana przez stronę pozwaną), że powód wykonał niektóre prace (z poz. 3 i 5 protokołu) po terminie (według umowy z dnia 2 maja 2011 r. miał je zakończyć do dnia 15 września 2011 r.). Na wypadek nieterminowego realizowania umowy przez powoda, Generalnemu Wykonawcy przysługiwały określone uprawnienia (odstąpienie od umowy, kary umowne, wykonanie zastępcze), z których nie skorzystał. Skoro zatem spółka (...) nie czyniła powodowi zarzutów za przekroczenie terminu umownego (okoliczności sprawy wskazywały, że nastąpiło to z przyczyn leżących po jej stronie) i przykładowo – nie potrąciła z należnego mu wynagrodzenia kwot tytułem kar umownych, to przekroczenie terminu umownego nie jest argumentem przemawiającym za bezzasadnością roszczeń powoda za prace, które faktycznie wykonał.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego – wbrew wywodom Sądu I instancji (popartych przez stronę pozwaną) – powód mógł również skutecznie żądać od Inwestora zwrotu zatrzymanych przez Generalnego Wykonawcę kwot tytułem zabezpieczenia. Nadmienić jedynie wypada, że na etapie postępowania apelacyjnego skarżący zmodyfikował swe pierwotne stanowisko i zamiast całej zatrzymanej sumy, domagał się jedynie jej połowy (mając na względzie fakt, że zgodnie z § 11 pkt. 4 pkt. 1 Standardowych warunków dla podwykonawców tylko 50% tej sumy jest wymagalne). Sąd I instancji przyjął, że ustanowione w § 11 Standardowych warunków dla podwykonawców zabezpieczenie stanowi w istocie kaucję gwarancyjną. Powołując się na dotychczasowe stanowisko judykatury skonstatował, że kaucja gwarancyjna nie stanowi wynagrodzenia za wykonanie umowy, ale jest płatnością uboczną, spełniającą szczególne funkcje, w związku z czym nie wchodzi w zakres odpowiedzialności inwestora. Tymczasem zgodnie z najnowszym stanowiskiem Sądu Najwyższego – podwykonawca może domagać się od inwestora zapłaty pieniędzy, które główny wykonawca zatrzymał jako kaucję gwarancyjną (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2015 r., V CSK 124/15). Sąd Najwyższy doszedł bowiem do wniosku, że umowa zawarta przez wykonawcę z podwykonawcą robót budowlanych nie może zawierać takich postanowień, które ograniczałyby możliwość zastosowania wynikającej z art. 647¹ § 5 k.c. solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia za wykonane przez niego roboty budowlane.

Dopuszczając zatem możliwość żądania od inwestora zapłaty także kaucji gwarancyjnej na rzecz podwykonawcy, jednocześnie zaznaczyć trzeba, że w sprawie niniejszej wykładnia zapisów ujętych w § 11 Standardowych warunków dla podwykonawców (art. 65 k.c.) nie pozwala na przyjęcie, że zastrzeżono tam kaucję gwarancyjną. Po pierwsze zapisy te nie posługują się określeniem „kaucja gwarancyjna”, po drugie z ich treści *expressis verbis* wynika, że zatrzymane tytułem zabezpieczenia kwoty miały stanowić część (składnik) wynagrodzenia Wykonawcy (w wysokości 10% wartości należnego mu, umownego wynagrodzenia brutto). Zabezpieczenie to Zamawiający miał prawo zatrzymać w każdym

przypadku niewykonania lub nieprawidłowego wykonania umowy (§ 11 ust. 2), a w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca tracił prawo do zwrotu zatrzymanego zabezpieczenia. Jak zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 maja 2016 r. (V CSK 481/15) charakter prawny zabezpieczenia nazywanego kaucją gwarancyjną, zawsze musi być oceniany przez pryzmat postanowień umownych – czy strony chciały nadać zabezpieczeniu charakter kaucji gwarancyjnej, czy też, jako zabezpieczenie miało służyć zatrzymanie wynagrodzenia wykonawcy, który po pierwsze, godził się na wypłacenie tej jego części w innym terminie, a po drugie, zgadzał się, by inwestor przeznaczył je na pokrycie wierzytelności z tytułu nienależytego wykonania robót budowlanych.

Z wyżej wskazanych względów, zdaniem Sądu Apelacyjnego, strony umowy podwykonawczej z dnia 2 maja 2011 r. nie zastrzegły kaucji gwarancyjnej (brak postanowień odpowiadających jej istocie), ale funkcję zabezpieczenia należytego wykonania umowy miało pełnić czasowe zatrzymanie części wynagrodzenia Wykonawcy. Kwota w taki sposób ustanowionego zabezpieczenia miała być częściowo zwolniona i wypłacona w razie bezusterkowego odbioru robót, a następnie – po upływie okresu gwarancji i rękojmi. Tak ustanowione zabezpieczenie – poprzez okresowe zatrzymywanie wynagrodzenia wykonawcy – pełni funkcję zbliżoną do kaucji gwarancyjnej, ale nie spełnia jej wymogów konstrukcyjnych. Przy kaucji gwarancyjnej musi bowiem dojść do przeniesienia własności środków pieniężnych z wykonawcy na zamawiającego. Tymczasem w sprawie niniejszej Wykonawca jedynie pozwolił Zamawiającemu na zatrzymywanie (a więc niewypłacanie w określonym czasie) części należnego mu wynagrodzenia za wykonanie robót, z zastrzeżeniem jednak obowiązku zwrotu zatrzymanych kwot po wystąpieniu określonych umową przesłanek.

Reasumując, zatrzymane przez Generalnego Wykonawcę kwoty z należnego powodowi wynagrodzenia w dalszym ciągu stanowiły część umówionego wynagrodzenia, którą powód miał otrzymać pod wskazanymi warunkami. Nie były to – jak przyjął Sąd Okręgowy – płatności uboczne jak np. odsetki, czy kary umowne. Skoro zatem kwoty zatrzymane na zasadzie § 11 Standardowych warunków dla podwykonawców stanowiły część wynagrodzenia powoda, to odpowiedzialność solidarna Inwestora z art. 647¹ § 5 k.c. rozciąga się także na spełnienie tego świadczenia. Skoro tak, to zgodnie z żądaniem powoda (zmodyfikowanym w postępowaniu apelacyjnym) należało zasądzić na jego rzecz kwotę 12.447,36 zł tytułem wymagalnej części zabezpieczenia z § 11 ust. 4 pkt. 1 Standardowych warunków dla podwykonawców, co łącznie z wcześniej omówionym wynagrodzeniem z tytułu faktycznie wykonanych prac, dało ogólną sumę 53.879,40 zł (zasądzoną wyrokiem). Od kwoty tej należały się odsetki ustawowe na podstawie art. 481 § 1 k.c., od dnia doręczenia pozwu, tj. od dnia 21 sierpnia 2014 r. (powód nie wzywał wcześniej pozwanej do spełnienia świadczenia).

W tym stanie rzeczy, Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. i art. 385 k.p.c.

Merytoryczna zmiana wyroku skutkowałą odmiennym rozliczeniem kosztów procesu za pierwszą instancję. Przyjmując, że powód wygrał sprawę w 62%, a pozwana w 38%, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 100 k.p.c. dokonał ich stosunkowego rozdzielenia, wynikiem czego zasądził na rzecz powoda kwotę wskazaną w pkt. I b) wyroku (powód poniósł koszty rzędu 8.944 zł, a pozwana – 4.600 zł, co przy uwzględnieniu stosunku wygranej i przegranej stron, dało należną powodowi kwotę 3.797 zł).

W tych samych proporcjach Sąd Apelacyjny rozliczył wydatki tymczasowo poniesione przez Skarb Państwa (pkt. I c wyroku).

O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnął na tej samej zasadzie, tj. w oparciu o art. 100 k.p.c. (przyjmując, że powód wygrał w 73% a pozwana w 27%) w zw. z art. 108 § 1 zd. 1 k.p.c. i na mocy § 2 pkt. 6 w zw. z § 10 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U.2015.1804). Zasądzona kwota 5.280 zł stanowi różnicę między kosztami faktycznie poniesionymi przez obie strony, a należnymi od każdej z nich z uwagi na stosunek wygranej i przegranej.

(...)