



Sygn. akt V CSKP 14/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 marca 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Agnieszka Piotrowska (przewodniczący, sprawozdawca)
SSN Krzysztof Pietrzykowski
SSN Roman Trzaskowski

w sprawie z powództwa Syndyka masy upadłości A. Sp. z o.o. w K.
przeciwko B. S.A. w B.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym
w Izbie Cywilnej w dniu 12 marca 2021 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 2 grudnia 2016 r., sygn. akt V ACa (...),

1) uchyla zaskarżony wyrok w części dotyczącej roszczenia o zasądzenie kwoty 70.470,49 (siedemdziesiąt tysięcy czterysta siedemdziesiąt zł 49/100) z odsetkami ustawowymi od dnia 16 grudnia 2012 r. do dnia zapłaty (pkt 1) i orzekającej o kosztach postępowania apelacyjnego (pkt 2) i w tym zakresie sprawę przekazuje Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego,

2) oddala skargę kasacyjną w pozostałej części.

UZASADNIENIE

A. spółka z o.o. w upadłości układowej w K. (dalej jako powód) wniosła o zasądzenie od B. S.A. w B. (dalej jako pozwany) kwoty 70 470,49 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 16 grudnia 2012 r. do dnia zapłaty z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane, kwoty 68 923,05 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 31 stycznia 2013 r. z tytułu zwrotu części (70 %) kaucji gwarancyjnej zatrzymanej przez B. S.A. na zabezpieczenie należytego wykonania robót oraz kwoty 206 768,89 zł. z odsetkami ustawowymi od dnia 31 stycznia 2013 r. stanowiącej część (70%) kaucji gwarancyjnej zatrzymanej przez niewystępującą w tej sprawie K. S.A. w K. (dalej jako B. S.A.). Powód opierał te roszczenia na umowie nr (...) o roboty budowlane zawartej przez powoda (wówczas działającego pod firmą C. sp. z o.o. z siedzibą w K.) w dniu 9 lutego 2012 r. z Konsorcjum, składającego się z B. S.A. w B. i K. S.A. w K..

Wyrokiem z dnia 25 czerwca 2015 r. Sąd Okręgowy w K. oddalił powództwo. Ustalił, że w dniu 17 maja 2011 r. pozwany zawarł z niewystępującą w tej sprawie K. S.A w K. umowę konsorcjum, ustalając w niej między innymi, że udział K. S.A. (lidera konsorcjum) w pracach, ryzyku i partycypowaniu w kosztach, przychodach i finansowaniu zadania będzie wynosił 75%, zaś udział B. S.A. (partnera konsorcjum) 25%. W tej samej proporcji członkowie konsorcjum będą ponosić odpowiedzialność za długi wynikające z zawartych umów.

W dniu 15 lipca 2011 r. pozwana Spółka i B. S.A. (dalej Konsorcjum) jako wykonawca zawarły z P. S.A. w B. (dalej P. lub inwestor) jako zamawiającym umowę nr (...) o roboty budowlane na podstawie, której Konsorcjum zobowiązało się do wybudowania budynku użytkowego (biurowca) za wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 40 565 040 zł. netto plus VAT (48 895 000 zł. brutto). W § 6 tej umowy strony postanowiły, że wykonawca uzyska i dostarczy zamawiającemu najpóźniej w dniu podpisania umowy zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10 % ceny umownej brutto w formie gotówki lub gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej. W wykonaniu tego postanowienia umownego Konsorcjum przedstawiło inwestorowi gwarancję ubezpieczeniową (...) Towarzystwo

Ubezpieczeń S.A. Strony ustaliły warunki wykorzystania zabezpieczenia przez P. oraz warunki zwolnienia tego zabezpieczenia na rzecz Konsorcjum.

W dniu 9 lutego 2012 r. Konsorcjum w składzie K. S.A. i B. S.A. jako zleceniodawca zawarło z C. sp. z o.o. w K. jako wykonawcą (powodem) umowę nr (...) o roboty budowlane, której przedmiotem była dostawa i montaż kompletu okien, fasad, drzwi zewnętrznych i świetlików do biurowca, o którym mowa w umowie z dnia 15 lipca 2011 r., w zamian za wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 3 300 000 zł. netto plus VAT. W § 1.9 tej umowy strony wskazały, że lider oraz partner Konsorcjum ponoszą względem wykonawcy solidarną odpowiedzialność za wykonanie swoich zobowiązań (rozumianych jako zobowiązania zleceniodawcy), co w szczególności dotyczy dokonywania odbiorów robót, itp. (z wyjątkiem zapłaty wynagrodzenia). W § 8 uregulowano szczegółowo procedurę dokonywania odbiorów częściowych i odbioru końcowego wykonanych przez powoda robót budowlanych. W § 7.3 umowy strony postanowiły, że po odebraniu robót, wykonawca będzie każdorazowo wystawiał dwie faktury VAT, obciążające osobno każdego członka Konsorcjum tj. jedną fakturę obejmującą 75 % wartości odebranych robót na rzecz B. S.A. oraz drugą fakturę obejmującą 25 % wartości odebranych robót na rzecz B. S.A. Powód miał ponadto obowiązek zapłaty na rzecz zleceniodawcy 0,6% każdej zafakturowanej kwoty z tytułu kosztów ogólnych budowy. W przypadku wystawienia faktury VAT niezgodnej z umową zleceniodawca miał prawo wstrzymać zapłatę wynagrodzenia do czasu złożenia prawidłowego dokumentu (§ 7.6. umowy). Strony ustaliły w § 9.1. umowy sposób zabezpieczenia należytego wykonania przez powoda robót objętych umową z dnia 9 lutego 2012 r. w formie zatrzymania, odrębnie przez każdego z członków Konsorcjum, 10% wynagrodzenia za zrealizowane roboty z każdej faktury, wystawionej przez powoda osobno na rzecz B. S.A. i na rzecz B. S.A., nazwanego w umowie kaucją gwarancyjną. Strony uzgodniły także w § 9.1. umowy przesłanki wykorzystania przez konsorcjantów zatrzymanej kaucji gwarancyjnej. W § 9.2 umowy strony postanowiły, że zwrot 70 % zatrzymanej kaucji gwarancyjnej nastąpi na pisemny wniosek wykonawcy złożony po podpisaniu przez inwestora protokołu przekazania - przejęcia do eksploatacji i zwrocie zabezpieczenia przez inwestora na rzecz zleceniodawcy (Konsorcjum), w terminie 40 dni od daty otrzymania

wniosku przez zleceniodawcę. Jednakże, jeżeli do dnia 30 stycznia 2013 r. brak będzie podpisanego protokołu przekazania - przejęcia do eksploatacji, to wykonawca (powód) jest uprawniony do złożenia po tej dacie wniosku o zwrot zabezpieczenia. Zwrot pozostałych 30% zatrzymanej kaucji gwarancyjnej miał nastąpić na pisemny wniosek wykonawcy złożony po podpisaniu przez strony świadectwa wypełnienia gwarancji i zwrocie zabezpieczenia przez inwestora na rzecz zleceniodawcy, w terminie 30 dni od daty otrzymania wniosku przez zleceniodawcę (§ 9.3 umowy).

Powód przystąpił do wykonywania prac objętych umową z dnia 9 lutego 2012 r. Umowa była realizowana zgodnie z jej treścią, co dotyczy zwłaszcza odbiorów częściowych robót, sporządzania protokołów odbioru, wystawiania przez powoda faktur VAT odrębnie na rzecz każdego z członków Konsorcjum w uzgodnionej proporcji (75% i 25%) oraz zatrzymywania przez każdego członka Konsorcjum 10% należnego powodowi wynagrodzenia z każdej z faktur z tytułu zabezpieczenia.

Oświadczeniem z dnia 4 października 2012 r. inwestor P. odstąpił od umowy z dnia 15 lipca 2011 r. zawartej z Konsorcjum z powodu złożenia przez B. S.A. wniosku o ogłoszenie upadłości. Wezwał członków Konsorcjum do przystąpienia w dniu 5 października 2012 r. do czynności mających na celu sporządzenie inwentaryzacji wykonanych do tego dnia robót budowlanych. Do inwentaryzacji rzeczowej robót budowlanych jednak nie doszło. W dniu 11 października 2012 r. przedstawiciele inwestora oraz spółek wchodzących w skład Konsorcjum, w tym pozwanego, sporządzili ostateczny protokół, w którym zawarli swoje uwagi na temat możliwości przeprowadzenia inwentaryzacji wykonanych robót. Przedstawiciele Konsorcjum, którzy początkowo kwestionowali skuteczność oświadczenia inwestora o odstąpieniu od umowy i wnosili o jego cofnięcie (czego inwestor odmówił pismem z dnia 9 października 2012 r.) podnieśli w toku tego spotkania, zgodnie z poleceniem B. S.A., że stan zaawansowania robót może być potwierdzony jedynie przez szczegółową inwentaryzację rzeczową robót wykonanych do dnia 4 października 2012 r., a rozliczenie finansowe może nastąpić dopiero po wykonaniu tej inwentaryzacji; załączona do protokołu z dnia 11 października 2012 r. tabela przedstawia jedynie stan płatności pomiędzy

podwykonawcami a Konsorcjum na dzień 31 sierpnia 2012 r. i nie stanowi podstawy do rozliczenia umowy z dnia 15 lipca 2011 r. pomiędzy P. a Konsorcjum; nie odzwierciedla rzeczowego stanu zaawansowania robót na dzień 11 października 2012 r. Na żądanie P. Konsorcjum przekazało inwestorowi plac budowy; od dnia 12 października 2012 r. inwestor zakazał członkom Konsorcjum wstępu na teren budowy, który został przejęty przez nowego wykonawcę - R. sp. z o.o. Po złożeniu oświadczenia z dnia 4 października 2012 r. o odstąpieniu od umowy z dnia 15 lipca 2011 r., P. wystąpiło do (...) z pisemnym wnioskiem o wypłatę na jego rzecz kwoty objętej gwarancją ubezpieczeniową; inwestor otrzymał od gwaranta kwotę 6 801 544 zł.

Pozwany kilkakrotnie informował P. o kierowaniu do pozwanego roszczeń podwykonawców, dotyczących wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane w ostatnim okresie rozliczeniowym -we wrześniu i październiku 2012 r. przed odstąpieniem P. od umowy; prowadzono w tej sprawie korespondencję w której konsorcjanci domagali się sporządzenia inwentaryzacji robót zrealizowanych do dnia odstąpienia inwestora od umowy z dnia 15 lipca 2011r. lub przekazania im protokołu takiej inwentaryzacji sporządzonej przez inwestora, co umożliwi wystawienie na rzecz inwestora przez B. S.A. faktury VAT dokumentującej przysługujące spółce wynagrodzenie za wykonane do dnia 4 października 2012 r. roboty budowlane.

Roboty budowlane wykonane przez powoda na podstawie umowy z dnia 9 lutego 2012 r. w okresie do końca sierpnia 2012 r. zostały odebrane przez zleceniodawcę (Konsorcjum) i zafakturowane przez powoda odrębnie na rzecz każdego z konsorcjantów w udziale zgodnym z umową. Pozwany zatrzymał ze wszystkich faktur zabezpieczenie w łącznej kwocie 90 631,45 zł., zaś B. S.A. w łącznej wysokości 295 384,50 zł. We wrześniu 2012 r. powód kontynuował roboty budowlane objęte umową z dnia 9 lutego 2012 r. W piśmie z dnia 18 października 2012 r. B. S.A. wezwał inwestora do oznaczenia terminu, w którym mógłby, wraz z B. S.A. rozpocząć, przy udziale przedstawicieli P., wykonywanie inwentaryzacji rzeczowej robót budowlanych wykonanych w okresie od dnia 7 września 2012 r. do dnia odstąpienia inwestora od umowy, do czego jednak nie doszło. Inwestor P. samodzielnie wykonał inwentaryzację przedmiotowych robót budowlanych, którą

przekazał pozwanemu w styczniu 2013 r. B. S.A. oświadczyła, że jest to inwentaryzacja finansowa, a nie rzeczowa; nie określa ona sposobu obliczenia procentowego zaawansowania poszczególnych robót, co jest wynikiem braku dokumentów odniesienia np. rysunków inwentaryzacyjnych, jak i braku pomiarów. Nie wskazano w niej podstaw i sposobów obliczenia procentowego zaawansowania robót oraz sposobu obliczenia średnioważonego stopnia zaawansowania budowy.

Pracownicy powoda R. A. i W. B. sporządzili oraz podpisali dokumenty w postaci protokołu z dnia 22 października 2012 r. odbioru robót wykonanych przez powoda w okresie od dnia 1 września 2012 r. do dnia 22 października 2012 r., protokołu odbioru robót - inwentaryzacji z dnia 22 października 2012 r. oraz protokołu inwentaryzacji - zestawienia stolarki okiennej i drzwiowej zewnętrznej datowanego 22 października 2012 r. Na tym ostatnim dokumencie, przedstawionym przez powoda do akt sprawy, znajduje się zapisek sporządzony przez P. G. bez daty i notatka sporządzona w dniu 2 grudnia 2012 r. przez J. B., który był przedstawicielem B. S.A. Zgodnie z § 19 umowy o roboty budowlane z dnia 9 lutego 2012 r., inż. P. G. był przedstawicielem Konsorcjum na placu budowy jako kierownik projektu, upoważnionym między innymi do podpisywania protokołów odbioru robót wykonanych przez powoda. Po zakończeniu pracy w B. S.A., P. G. został od dnia 1 listopada 2012 r. zatrudniony w R. sp. z o.o., która kontynuowała roboty na placu budowy biurowca jako nowy wykonawca.

W dniu 16 listopada 2012 r. powód wystawił na rzecz pozwanej Spółki fakturę VAT nr (...) na kwotę stanowiącą 25% kwoty 306.654,41 zł. figurującej w protokole odbioru z dnia 22 października 2012 r. czyli na kwotę 94 296,23 zł. brutto. W dniu 1 grudnia 2012 r. powód wystawił fakturę VAT korygującą nr (...) na kwotę 63 658,98 zł netto, 78 300 zł. brutto. Zasądzenia tej kwoty powód żądał początkowo w pozwie; następnie w toku postępowania ograniczył roszczenie do kwoty 70 470,49 zł.

Opierając się na powyższych ustaleniach faktycznych Sąd Okręgowy podniósł, że powództwo o zasądzenie wynagrodzenia w ostatecznie sprecyzowanej przez powoda kwocie 70.470,49 zł. nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem powód nie udowodnił stosownymi dokumentami, sporządzonymi zgodnie z treścią

łączącej strony umowy z dnia 9 lutego 2012 r., zakresu i wartości robót budowlanych faktycznie zrealizowanych w ostatnim okresie rozliczeniowym, to jest po dniu 31 sierpnia 2012 r, i przed dniem 4 października 2012 r. (odstąpieniem od umowy przez P.). Protokoły odbioru z dnia 22 października 2012 r. zostały sporządzone jednostronnie przez pracowników powoda, bez udziału przedstawicieli zleceniodawcy, czyli Konsorcjum. Wystawione przez powoda faktury VAT nie zostały oparte na protokołach odbioru robót odpowiadających wymaganiom umowy z dnia 9 lutego 2012 r. i opiewają na różne kwoty. Przedstawione przez powoda na poparcie żądania pozwu w zakresie wynagrodzenia dokumenty, skutecznie zakwestionowane przez pozwanego, są zatem niespójne i niewiarygodne; nie mogą być podstawą zasądzenia od pozwanego kwoty dochodzonej z tytułu wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy podniósł także, że nie ma podstaw do uwzględnienia żądania zasądzenia kwoty 68 923,05 zł. z tytułu 70 % zabezpieczenia zatrzymanego przez pozwanego, albowiem roszczenie to nie jest wymagalne. Wskazał, że zatrzymanie 10 % wynagrodzenia powoda z każdej z faktur miało na celu zabezpieczenie ewentualnych roszczeń członków Konsorcjum wobec powoda z tytułu rękojmi lub gwarancji. Zgodnie z postanowieniami § 7.4 i 9.1 umowy nr (...) z dnia 9 lutego 2012 r., przesłanką zwrotu 70 % kaucji gwarancyjnej na rzecz powódki był w szczególności uprzedni zwrot przez P. na rzecz członków Konsorcjum zabezpieczenia należytego wykonania umowy z dnia 15 lipca 2011 r. Taka sytuacja jednak nie nastąpiła; inwestor nie zwrócił bowiem zabezpieczenia na rzecz Konsorcjum, stąd to roszczenie powoda podlegało oddaleniu.

Sąd pierwszej instancji wskazał dalej, że powód, żądając zasądzenia od B. S.A. kwoty 206.768,89 zł z ustawowymi odsetkami z tytułu zwrotu 70% zabezpieczenia zatrzymanego przez B. S.A., wywodził, iż pozwany odpowiada solidarnie z B. S.A. za zwrot tej kwoty, na podstawie § 1.9 zd. 1. umowy z dnia 9 lutego 2012 r. przewidującego, że lider oraz partner konsorcjum ponoszą względem wykonawcy solidarną odpowiedzialność za wykonanie swoich zobowiązań (rozumianych jako zobowiązania zleceniodawcy), co w szczególności dotyczy dokonywania odbiorów robót, itp. (za wyjątkiem zapłaty wynagrodzenia). Dokonując wykładni tego postanowienia umownego, Sąd Okręgowy uznał, że strony umowy

wyrażnie wyłączyły solidarność bierną w zakresie odpowiedzialności każdego z konsorcjantów za zapłatę na rzecz powoda wynagrodzenia, a zatem także za zwrot części tego wynagrodzenia, uprzednio zatrzymanego odrębnie przez każdego z nich w charakterze kaucji gwarancyjnej. W ocenie Sądu Okręgowego, nie można bowiem pominąć okoliczności, że kaucję gwarancyjną zgodnie z postanowieniami § 7.4 i § 9.1 umowy członkowie konsorcjum zatrzymywali właśnie z wynagrodzenia należnego powodowi za roboty wykonane w danym okresie rozliczeniowym odrębnie od każdego z członków Konsorcjum. Źródłem kaucji gwarancyjnej było wynagrodzenie powoda za roboty; w świetle § 9.1,2 i 3 umowy inny był jedynie sposób jego zapłaty i termin wymagalności zwrotu tej części wynagrodzenia, przy czym każda ze spółek tworzących konsorcjum zatrzymywała określoną część wynagrodzenia niezależnie od drugiej i samodzielnie nim dysponowała.

Powód zaskarżył opisany wyrok apelacją. W toku postępowania apelacyjnego, do sprawy przystąpił Syndyk masy upadłości A. sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w K.. Na podstawie dopuszczonego w postępowaniu apelacyjnym dowodu z dziennika budowy zadania inwestycyjnego „Budowa biurowca - siedziby P.” Sąd Apelacyjny ustalił uzupełniając, że w dniu 14 września 2012 r. kierownik budowy P. G. dokonał wpisu o treści „Zakończono montaż ślusarki okiennej zewnętrznej, elewacji z płyt włókno – cementowych.”, a w dniu 28 września 2012 r. wpisu „Przystąpiono do montażu sufitów podwieszanych parteru. Zakończono montaż - żeber szklanych”. Sąd Apelacyjny stwierdził, że zapisy w dzienniku budowy jako dokumencie urzędowym nie zostały podważone i potwierdzają czynności faktyczne dokonane we wskazanych w nich dniach; z wpisów tych nie wynika jednak, kto wykonywał te roboty oraz jaki zakres robót został wykonany w okresie rozliczeniowym tj. we wrześniu 2012 r.

Wyrokiem z dnia 2 grudnia 2016 r. Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację powoda. Uznał za prawidłową dokonaną przez Sąd pierwszej instancji ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz podzielił poczynione przez ten Sąd ustalenia faktyczne, czyniąc je podstawą własnego rozstrzygnięcia. Zaaprobował także pogląd Sądu Okręgowego, że strona powodowa nie udowodniła roszczenia o zapłatę wynagrodzenia w kwocie 70.470,49 zł., albowiem wykazywała

je niewiarygodnymi dokumentami, na podstawie których nie sposób było ustalić ani zakresu wykonanych prac ani wysokości należnego wynagrodzenia.

Odnosząc się do roszczeń powoda o zwrot kaucji gwarancyjnych zatrzymanych odrębnie przez pozwanego i przez B. S.A., Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko Sądu Okręgowego, że zamiarem i celem stron umowy z dnia 9 lutego 2012 roku nie było objęcie zakresem odpowiedzialności solidarnej członków Konsorcjum świadczeń pieniężnych w postaci wynagrodzenia za roboty budowlane oraz kaucji gwarancyjnej. Podniósł, że § 1.9 zd.1. umowy powinien być interpretowany w ten sposób, że strony wyłączyły zatrzymane tytułem kaucji wynagrodzenie z zakresu odpowiedzialności solidarnej członków Konsorcjum. Zgodził się ponadto z Sądem Okręgowym, że roszczenia powoda z tytułu zwrotu kaucji gwarancyjnych nie są wymagalne, ponieważ powód nie wykazał, że została spełniona wynikająca z § 9.2 i § 9.3 umowy z dnia 9 lutego 2012 r. przesłanka polegająca na zwrocie przez inwestora P. kwoty zabezpieczenia na rzecz członków Konsorcjum.

W skardze kasacyjnej powódka zarzuciła naruszenie przepisów prawa materialnego: art. 353¹ k.c. w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.c. oraz art. 632 § 1 k.c. w zw. z art. 647¹ § 1 k.c. i art. 647 k.c.; art. 60 k.c. w zw. z art. 76 k.c. w zw. z art. 647 i 647¹ k.c.; art. 353¹ k.c. w zw. z art. 58 § 2 w zw. z art. 647¹ § 1 w zw. z art. 647 k.c. i art. 5 k.c.; art. 366 k.c. w zw. z art. 369 k.c. w zw. z art. 647¹ k.c. w zw. z art. 65 k.c.; art. 491 §1 k.c. w zw. z art. 486 § 1 k.c. w zw. z art. 65 § 1 i § 2 k.c.; art. 5 k.c. w zw. z art. 354 § 1 i § 2 k.c.; art. 476 k.c.; art. 647 k.c. ; art. 647¹ § 2 k.c. w zw. z art. 649⁵ k.c.; art. 405 k.c. W skardze sformułowano także zarzuty naruszenia przepisów postępowania: art. 232 w zw. z art. 3 k.p.c. i art. 328 § 2 w zw. z art. 391 w zw. z art. 382 k.p.c. Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy przez uwzględnienie powództwa.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Powód domagał się zasądzenia wynagrodzenia, określonego ostatecznie na kwotę 70 470,49 zł., za roboty budowlane wykonane na rzecz Konsorcjum

w miesiącu wrześniu i październiku 2012 r. w okresie do odstąpienia przez P. z dniem 4 października 2012 r. od umowy z dnia 15 lipca 2011 r. zawartej z Konsorcjum oraz zasądzenia odpowiednio kwot 68 923,05 zł. i 206 768,89 zł. z tytułu zwrotu części wynagrodzenia przysługującego powodowi, uprzednio zatrzymanego odpowiednio przez pozwanego B. S.A. oraz przez B. S.A. na zabezpieczenie należytego wykonania przez powoda robót budowlanych objętych umową z dnia 9 lutego 2012 r., mającej charakter umowy podwykonawczej w stosunku do umowy o roboty budowlane z dnia 15 lipca 2011r. zawartej przez P. i Konsorcjum.

Na wstępie rozważań należy przypomnieć, że wskutek wniesienia apelacji sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę na nowo w jej w granicach, co oznacza, iż sąd ten rozpoznaje sprawę merytorycznie w granicach zaskarżenia, dokonuje własnych ustaleń faktycznych, prowadząc własne uzupełniające postępowanie dowodowe lub poprzestając na materiale zebranym w pierwszej instancji (art. 381 k.p.c. i 382 k.p.c.), ustala podstawę materialnoprawną orzeczenia niezależnie od zarzutów podniesionych w apelacji, stosuje przepisy regulujące postępowanie apelacyjne oraz, gdy brak takich przepisów, przepisy dotyczące postępowania przed sądem pierwszej instancji. Orzeka co do istoty sprawy stosownie do wyników postępowania, nie wykraczając poza wniosek zawarty w apelacji i nie naruszając zakazu *reformationis in peius*.

Oddalając apelację powoda od wyroku Sądu Okręgowego, oddalającego roszczenie powoda o wynagrodzenie za roboty budowlane w kwocie 70 470,49 zł., Sąd Apelacyjny podtrzymał stanowisko Sądu pierwszej instancji, dzieląc w dużej mierze argumentację pozwanego, że powód nie udowodnił ani zakresu rzeczowego faktycznie wykonanych we wspomnianym okresie robót ani wysokości przysługującego mu za nie wynagrodzenia, albowiem przedłożone przez niego dokumenty prywatne w postaci jednostronnie sporządzonych, niezgodnie z umową, protokołów odbioru robót oraz wystawionych przez powoda na ich podstawie faktur VAT były niespójne i niewiarygodne, a cyt., dopiero pozytywne ustalenie zakresu robót uzasadniałoby ustalenie, w jakiej wysokości zasadne jest roszczenie o zapłatę dochodzonego wynagrodzenia” (str. 26 uzasadnienia zaskarżonego wyroku). Kwestii niedokonania przez pozwanego odbioru robót oraz odmowy

pozwanego zapłaty na rzecz powoda wynagrodzenia za roboty budowlane dotyczą zarzuty naruszenia przepisów postępowania art. 232 w zw. z art. 3 k.p.c. i art. 328 § 2 w zw. z art. 391 w zw. z art. 382 k.p.c. oraz zarzuty naruszenia prawa materialnego - art. 353¹ k.c. w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z § 6 umowy z dnia 9 lutego 2012 r. oraz art. 632 § 1 k.c. w zw. z art. 647¹ § 1 k.c. i art. 647 k.c.; naruszenia art. 60 k.c. w zw. z art. 76 k.c. w zw. z art. 647 i 647¹ k.c.; art. 353¹ k.c. w zw. z art. 58 § 2 w zw. z art. 647¹ § 1 w zw. z art. 647 k.c. i art. 5 k.c.; naruszenia art. 491 §1 k.c. w zw. z art. 486 § 1 k.c. w zw. z art. 65 § 1 i § 2 k.c.; naruszenia art. 5 k.c. w zw. z art. 354 § 1 i § 2 k.c.; naruszenia art. 476 k.c.; art. 647 k.c. ; art. 647¹ § 2 k.c. w zw. z art. 6495 k.c. oraz naruszenia art. 405 k.c.

W ramach podstawy procesowej skargi kasacyjnej odnoszącej się do przytoczonego wyżej zagadnienia braku odbioru robót i zapłaty wynagrodzenia, powód zarzucił Sądowi Apelacyjnemu cyt. „naruszenie art. 232 k.p.c. w związku z art. 3 k.p.c. przez błędną wykładnię prowadzącą do przyjęcia za uzasadnione twierdzenia pozwanej co do negowania zasadności podstaw nabycia przez powódkę prawa do wynagrodzenia oraz samej wysokości wynagrodzenia pomimo że właściwa wykładnia tych przepisów wskazuje na istnienie obowiązku pozwanej do przedstawienia dowodów na poparcie zajmowanego stanowiska. Skarżący zarzucił także w ramach tej podstawy kasacyjnej cyt. „błędne przyjęcie przez Sąd Apelacyjny, że mimo udowodnienia wykonania przez powoda robót budowlanych w spornym okresie, powódka nie nabyła skutecznego roszczenia o zapłatę wynagrodzenia oraz że powódce nie przysługiwało skuteczne roszczenie o zwrot zatrzymanej przez pozwaną dziesiątej części wynagrodzenia z tytułu kaucji gwarancyjnej, podczas gdy w toku postępowania Sądy obu instancji pominęły dowód powołany przez pozwanego w postaci „Dokumentacji inwentaryzacyjnej dotychczas wykonanych robót w nowobudowanym biurówcu P. G. S.A. w B.”, wskazujący na wymiar zaawansowania prac wykonanych przez powoda na 98%, jak i nie zmierzały do skutecznego zobowiązania pozwanej do przedstawienia dowodów obalających twierdzenia powódki, podczas gdy zeznania powołanych świadków jednoznacznie potwierdzają fakt wykonania robót oraz zgłoszenie ich do odbioru przez pozwaną oraz z umowy o roboty budowlane zawartej pomiędzy powódką i pozwanym wprost wynikają z § 9 ust. 2 przesłanki zwrotu kaucji

gwarancyjnej w wymiarze 70 % jej zatrzymania w terminie do 31 stycznia 2013 r. bez względu na spełnienie innych warunków”.

Treść i sposób uzasadnienia tego zarzutu nie przystają do przytoczonych w nim norm procesowych. Art. 232 k.p.c. reguluje tak zwany ciężar dowodu w znaczeniu procesowym; art. 3 k.p.c. nakłada na strony powinność działania zgodnie z dobrymi obyczajami, dawania wyjaśnień co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i przedstawiania dowodów. Strony ponoszą zatem konsekwencje niesprostania ciężarowi dowodu w znaczeniu materialnym (art. 6 k.c.) i procesowym (art. 232 zd. 1 k.p.c.) oraz konsekwencje zachowania, które Sąd uzna za niezgodne z dobrymi obyczajami. Sformułowany przez powoda zarzut błędnego przyjęcia przez Sąd Apelacyjny, że mimo udowodnienia wykonania przez powoda robót budowlanych w spornym okresie, powód nie nabył skutecznego roszczenia o zapłatę wynagrodzenia oraz że powodowi nie przysługiwało skuteczne roszczenie o zwrot zatrzymanej przez pozwanego dziesiątej części wynagrodzenia z tytułu kaucji gwarancyjnej, jest nie tylko wewnętrznie niespójny, ale i niezgodny z podstawą faktyczną zaskarżonego wyroku oraz przyjętą przez Sąd Apelacyjny jej oceną prawną. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika bowiem, że Sąd Apelacyjny przyjął, iż oddalenie przez Sąd Okręgowy powództwa w tym zakresie było usprawiedliwione właśnie dlatego, że powód nie zdołał udowodnić roszczenia o zasądzenie wynagrodzenia. Trafność oceny dowodów przeprowadzonej przez Sąd Apelacyjny pozostaje poza kognicją Sądu Najwyższego w świetle art. 398³ § 3 k.p.c. Nie jest trafny zarzut, że doszło do naruszenia wskazanych wyżej przepisów postępowania, albowiem Sądy obu instancji nie zobowiązały skutecznie pozwanego do przedstawienia dowodów obalających twierdzenia powoda. Pomijając już, że przedmiotem oceny kasacyjnej mogą być jedynie uchybienia proceduralne Sądu drugiej instancji, spełniające wymagania zawarte w art. 398³ § 1 pkt 2 i § 3 k.p.c., trzeba podnieść, że w modelu kontradiktoryjnego postępowania cywilnego, to na stronach, zwłaszcza będących profesjonalnymi uczestnikami obrotu gospodarczego, reprezentowanymi przez zawodowych pełnomocników procesowych, ciąży powinność przejawiania, w ich najlepszym interesie, właściwej inicjatywy procesowej w zakresie przytaczania twierdzeń o faktach mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy oraz dowodów na ich wykazanie, a także odpowiedzialność

za jej zaniedbanie. Trudno więc przyjąć w świetle tych reguł, że Sąd naruszył przytoczone normy procesowe, albowiem cyt. „nie zobowiązał skutecznie pozwanego do przedstawienia dowodów obalających twierdzenia powoda”. Nie jest trafny zarzut pominięcia przez Sąd Apelacyjny, że z § 9 ust. 2 umowy wprost wynikają przesłanki zwrotu kaucji gwarancyjnej w wymiarze 70 % jej zatrzymania w terminie do 31 stycznia 2013 r. bez względu na spełnienie innych warunków. Sąd nie pominął tej okoliczności; wprost przeciwnie wskazał, że postanowienie to jest podstawą roszczenia powoda o zwrot kaucji oraz dokonał wykładni tego postanowienia umownego.

Zarzut naruszenie art. 232 k.p.c. w związku z art. 3 k.p.c. jest zatem chybiony.

Skarżący zarzucił także naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. (w poprzednim brzmieniu) w związku z art. 391 w zw. z art. 382 k.p.c. przez sporządzenie uzasadnienia zaskarżonego wyroku w sposób sprzeczny z tym przepisem bez wskazania motywów, które legły u podstaw nieuwzględnienia zarzutów apelacji, bez podania podstawy prawnej rozstrzygnięcia, jak i bez oparcia się przy orzekaniu na podstawie całości zebranego materiału, co miało wpływ na wynik sprawy oraz przez pominięcie części zebranego materiału w postaci części zeznań złożonych przez świadków P. G. i J. B., pisma powoda z dnia 15 października 2012 r. wzywającego do dokonania odbioru wykonanych prac budowlanych, pominięcie zapisów zawartych w § 8 ust.2-4 i § 9 ust.1 i 2 umowy z dnia 9 lutego 2012 r. oraz pominięcie dowodu z dokumentu o nazwie „Dokumentacja inwentaryzacyjna dotychczas wykonanych robót w nowobudowanym biurowcu P. G. w B.”.

Rozważenie tych zarzutów należy poprzedzić przypomnieniem, że Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami stanowiącymi podstawę faktyczną zaskarżonego wyroku (art. 398¹³ § 2 k.p.c.), zaś ocena dowodów i ustalenia faktyczne nie mogą być przedmiotem zarzutu kasacyjnego (art. 398³ § 3 k.p.c.). Zakaz oparcia skargi kasacyjnej na zarzutach dotyczących ustalenia faktów lub oceny dowodów oraz wiążące Sąd Najwyższy ustaleniami sądu drugiej instancji będącymi podstawą faktyczną zaskarżonego odrzeczenia nie wyłącza jednak kontroli poprawności i zgodności z prawem postępowania przed sądem

drugiej instancji; w przeciwnym razie wyłączona byłaby druga podstawa skargi kasacyjnej, zawierająca tylko ograniczenie w postaci wpływu naruszenia przepisów postępowania na treść rozstrzygnięcia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2008 r., I CSK 500/07, niepubl.) Art. 382 k.p.c. ma charakter ogólnej dyrektywy, określającej razem z art. 381 k.p.c. istotę postępowania apelacyjnego jako kontynuację merytorycznego rozpoznania sprawy. Powołanie się na naruszenie art. 382 k.p.c. może stanowić podstawę kasacyjną, gdy sąd drugiej instancji pominął część zebranego w sprawie materiału i wydał orzeczenia wyłącznie na podstawie materiału zebranego przed sądem pierwszej instancji lub na podstawie własnego materiału z pominięciem wyników postępowania dowodowego przeprowadzonego przez sąd pierwszej instancji, a uchybienie to mogło mieć wpływ na wynik sprawy (por. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 6 stycznia 1999 r., II CKN 100/98, OSNC 1999, Nr 9, poz. 146 oraz z dnia 26 marca 1998 r., II CKN 815/97, niepubl., wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2007 r., III CSK 337/06, niepubl.; z dnia 9 czerwca 2005 r., III CK 674/04, niepubl.; z dnia 12 czerwca 2013 r., II CSK 634/12, niepubl., z dnia 5 października 2012 r., IV CSK 89/12, niepubl., z dnia 4 kwietnia 2014 r., II CSK 384/13, niepubl. oraz z dnia 19 lutego 2015 r., III CSK 180/14, niepubl.).

Ogólny charakter art. 382 k.p.c. jako swoistej dyrektywy kompetencyjnej sprawia, że na ogół przepis ten nie stanowi wystarczającej podstawy do skutecznego wywiedzenia zarzutu kasacyjnego. Konieczne jest zatem równoczesne wskazanie przez skarżącego także na inne przepisy regulujące postępowanie rozpoznawcze, którym sąd drugiej instancji uchybił (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 1999 r., I CKN 504/99, OSNC 2000, nr 1, poz. 17 oraz z dnia 22 lutego 2006 r., III CSK 128/05, OSNC 2006, nr 11, poz. 191), z wyłączeniem jedynie tych, które - jak art. 233 § 1 k.p.c. - uchylają się spod kontroli kasacyjnej ze względu na zakaz z art. 398³ § 3 k.p.c. Takimi przepisami, będącymi w funkcjonalnym związku z art. 382 k.p.c. jest art. 328 § 2 k.p.c. w poprzednim brzmieniu w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. Naruszenie wskazanych przepisów polegające na pominięciu przez sąd drugiej instancji przy dokonywaniu oceny prawnej pewnych ustalonych okoliczności jak i oparcie tej oceny na stanie faktycznym niedostatecznie ustalonym dla przypisania go określonej normie prawnej, może

stanowić przyczynę naruszenia prawa materialnego przez jego niewłaściwe zastosowanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2005 r., IV CK 241/05, niepubl.).

Sformułowany przez powoda zarzut naruszenia art. 328 § 2 w poprzednim brzmieniu w związku z art. 391 w zw. z art.382 k.p.c. jest częściowo uzasadniony. Trafnie podnosi, że Sąd Apelacyjny, wydając zaskarżony wyrok, oparł się na niepełnym materiale sprawy, a zatem naruszył art.382 k.p.c. w stopniu mającym istotny wpływ na wynik sprawy, czemu towarzyszyło niedostateczne wyjaśnienie w pisemnym uzasadnieniu wyroku podstawy faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia, naruszające art. 328 § 2 k.p.c. w brzmieniu sprzed zmiany treści tej regulacji.

Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że Sąd Apelacyjny pominął część zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w ten sposób, że części tych dowodów i wynikających z nich faktów, w ogóle nie ujął w podstawie faktycznej wyroku, a części dowodów, mimo formalnego przywołania w części opisowej uzasadnienia wyroku, nie poddał analizie i nie wziął pod uwagę, co miało wpływ na wynik sprawy. Sąd Apelacyjny nie przytoczył w podstawie faktycznej pisma powoda z dnia 15 października 2012 r. (k.145) wzywającego członków Konsorcjum do dokonania w dniu 22 października 2012 r. odbioru wykonanych przez powoda robót budowlanych z zastrzeżeniem, że w przypadku niestawiennictwa w tym terminie, powód dokona jednostronnego odbioru lub inwentaryzacji robót w porozumieniu z Inwestorem ze skutkiem wiążącym dla Konsorcjum. Sąd nie tylko pominął to pismo mimo jego znaczenia dla wyniku sporu, ale też nie zrekonstruował działań stron umowy z dnia 9 lutego 2012 r. w zakresie podejmowanych przez powoda - po odstąpieniu przez inwestora P. od umowy z Konsorcjum - wysiłków i starań powoda w zakresie odbioru wykonanych przez niego robót (por. k.147, 149-151, k.152, 154, 156-157, k.159-159, k.160.162, 164,166,168,175, 183-187 akt). Sąd pominął także dokument o nazwie „Dokumentacja inwentaryzacyjna dotychczas wykonanych robót w nowobudowanym biurowcu P. G. w B.” (k.340-363 akt) i nie poddał tych dokumentów wnikliwej ocenie ani też nie wyciągnął z nich wniosków, umożliwiających sprawiedliwe osądzenie roszczenia o wynagrodzenie za roboty, które przecież powód zrealizował. Sąd pominął także inne pisma powoda wzywające pozwanego do odbioru robót wykonanych po dniu 31 sierpnia 2012 r,

w okresie do odstąpienia inwestora od umowy z dnia 15 lipca 2011 r. z dniem 4 października 2012 r., fakt zawarcia przez powoda umowy o roboty budowlane z dnia 13 listopada 2012 r. z kolejnym wykonawcą - R. sp. z o.o. w celu dokończenia robót budowlanych objętych poprzednią umową z dnia 9 lutego 2012 r. (k.202-229 akt sprawy) oraz fakty wskazujące na próby powoda przedsięwzięcia możliwych dla niego i dostępnych mu działań zmierzających do miarodajnego ustalenia zakresu faktycznie wykonanych przez niego robót oraz rozmiaru należnego mu od pozwanego 25 % wynagrodzenia za te roboty w sytuacji, w której pozwany uchylił się od obowiązku odbioru tych prac. Wprawdzie pozwany wskazywał na okoliczności związane z odstąpieniem inwestora od umowy z dnia 15 lipca 2011 r. jako uniemożliwiające mu zgodny z umową z dnia 9 lutego 2012 r. odbiór robót, ale okoliczności te nie mogą wywoływać dla powoda negatywnych konsekwencji, skoro wynikają wyłącznie ze stosunku prawnego między P. i Konsorcjum. Sądy obu instancji niedostatecznie wzięły pod uwagę ten kontekst faktyczny, nie uwzględniły całości zebranego w sprawie materiału w jego wzajemnym powiązaniu; zaniechały pogłębionej analizy przedstawionych przez strony dokumentów i wyciągnięcia z nich wniosków, choćby przykładowo przy zastosowaniu domniemań faktycznych. Szczególne znaczenie ma tu pominięta przez Sąd Apelacyjny umowa z dnia 13 listopada 2012 r. zawarta między powodem i R. sp. z o.o., dotycząca dokończenia przez powoda robót budowlanych objętych umową z dnia 9 lutego 2012 r. W celu określenia przedmiotu umowy z dnia 13 listopada 2012 r. konieczne było ustalenie rozmiaru prac już wykonanych przez powoda do momentu zawarcia tej umowy po to, aby nowy kontrahent R. sp. z o.o. mógł określić z kolei zakres przedmiotowy zawieranej umowy oraz wartość prac pozostałych do realizacji. Z protokołu inwentaryzacji zestawienia stolarki okiennej i drzwiowej zewnętrznej, noszącego wprawdzie datę 22 października 2012 r., ale jak wynika z jej treści, stanowiącej załącznik nr 4 do przytoczonej umowy z dnia 13 listopada 2012 r. (k.202 i k.141-142 akt oraz k.223 akt) wynika, że wartość prac pozostałych do realizacji oraz objętych umową z dnia 13 listopada 2012 r., wyniosła 180 000 zł., co potwierdził swoim podpisem inż. P. G. i J. B. (k.141-142 akt). Wprawdzie P. G. nie był już przedstawicielem Konsorcjum, bo umowa z dnia 15 lipca 2011 r. została unicestwiona wskutek odstąpienia od umowy przez P., ale

jednak jako osoba nadzorująca od początku roboty budowlane wykonywane przez powoda na podstawie obu umów podwykonawczych (zawartych z powodem przez Konsorcjum, a następnie przez R. sp. z o.o.), był jednak osobą należycie zorientowaną we wszystkich szczegółach inwestycji, co należało uwzględnić. Z materiału dowodowego wynika, że prace objęte umową z dnia 13 listopada 2012 r. zostały przez powoda wykonane, odebrane i zapłacone (k.571-575 akt). Jeżeli zatem znana była wartość robot wykonanych przez powoda i zafakturowanych przez Konsorcjum na dzień 31 sierpnia 2012 r., (co jest bezsporne) oraz wartość prac wykonanych przez powoda na podstawie kolejnej umowy podwykonawczej z dnia 13 listopada 2012 r., to jednak powinno być możliwe ustalenie przez Sąd wartości wynagrodzenia za roboty wykonane przez powoda w ostatnim okresie rozliczeniowym przed odstąpieniem P. z dniem 4 października 2012 r. od umowy z dnia 15 lipca 2012 r. Sąd kwestionował wiarygodność dokumentów rozliczeniowych przedstawionych przez powoda, koncentrując się na argumentacji pozwanego, kwestionującej zgodność z tych dokumentów z umową stron z dnia 9 lutego 2012 r. bez należytego jednak uwzględnienia przyczyn trudności powoda z wykazaniem wysokości należnego wynagrodzenia, które nie zostały przez powoda spowodowane, a wynikły z sytuacji związanej z odstąpieniem od umowy przez inwestora.

Przedstawione uchybienia procesowe doprowadziły do niedostatku ustaleń faktycznych, implikujących trafność sformułowanych w skardze zarzutów materialnoprawnych odnoszących się do rozstrzygnięcia oddalającego roszczenie o zasądzenie wynagrodzenia za wykonane przez powoda roboty, nieodebrane przez pozwanego, to znaczy zarzutów naruszenia art. 354 § 1 i 2 k.c., art. 476 k.c., art. 647 k.c. oraz art. 60 k.c. w zw. z art. 76 in fine k.c. w zw. z art. 647 k.c. Niepełny stan faktyczny uniemożliwia kasacyjną kontrolę wykładni i zastosowania przez Sąd Apelacyjny tych norm prawa materialnego. Trzeba przy tym przypomnieć, że zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, natomiast inwestor zobowiązuje się do jego odebrania. Dokonanie odbioru obiektu jako rezultatu robót budowlanych jest zatem obowiązkiem inwestora. Odbiór ten powinien nastąpić niezwłocznie po tym, gdy wykonawca zaofiarował przedmiot umowy o roboty budowlane

inwestorowi, chyba że łącząca strony umowa określa termin i sposób dokonania odbioru. Zaofiarowany przez wykonawcę obiekt powinien być wykonany zgodnie z treścią zobowiązania, uwzględniając w pierwszym rzędzie treść umowy, a nadto inne elementy kształtujące treść czynności prawnej (art. 56 k.c.), jak również ogólne kryteria prawidłowego wykonania zobowiązania (art. 354 § 1 k.c.). Inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 1998 r., I CKN 520/97, OSNC 1998/10/167, z dnia 14 lutego 2007 r., II CNP 70/06, niepubl, z dnia 18 stycznia 2012 r., II CSK 213/11, OSNC-ZD 2013/B/31 oraz z dnia 21 stycznia 2015 r., IV CSK 214/14, OSP 2015, nr 12, poz.120). W takiej sytuacji w protokole odbioru robót powinny się znaleźć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad wraz z ustalonymi terminami ich usunięcia albo oświadczenia inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za ujawnione przy odbiorze wady (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2002 r., IV CKN 1474/00, niepubl. oraz z dnia 8 stycznia 2004 r., I CK 24/03, niepubl.). Odbiór obiektu jest jednostronną czynnością zamawiającego (inwestora), stanowiącą pokwitowanie spełnienia świadczenia przez wykonawcę (art. 462 k.c.), uznanie świadczenia wynikającego z umowy za wykonane zgodnie z treścią zobowiązania, co otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia.

Strony uregulowały w umowie z dnia 9 lutego 2012 r. sposób odbierania przez zamawiającego (Konsorcjum) zrealizowanych przez powoda i zgłoszonych przez niego do odbioru robót budowlanych. Do końca sierpnia 2012 r. współpraca stron w tym zakresie przebiegała harmonijnie i bez problemów, o czym świadczą znajdujące się w aktach sprawy dokumenty w postaci pięciu protokołów odbiorów częściowych robót oraz kilkunastu faktur VAT (k.121-136. akt), wystawionych przez powoda i zapłaconych przez pozwanego za okres do końca sierpnia 2012 r. Z ustaleń wynika, że pozwany nie kwestionował, iż we wrześniu 2012 r. powód

kontynuował realizację zleconych mu umową z dnia 9 lutego 2012 r. robót budowlanych, które nie zostały jednak odebrane przez pozwanego na dotychczas obowiązujących i respektowanych przez obie strony zasadach.

W rozpoznawanej sprawie kluczowym zagadnieniem były właśnie konsekwencje uchylenia się zleceniodawcy (Konsorcjum) od dokonania odbioru robót mimo gotowości zgłoszonej przez powoda w piśmie z dnia 15 października 2012 r. (k.145 akt), czego Sąd Apelacyjny w ogóle nie rozważył. W toku tej sprawy pozwany negował bowiem zasadność roszczenia powoda o wynagrodzenie za roboty wykonane w ostatnim okresie rozliczeniowym, powołując się na fakt niesporządzenia protokołu odbioru odpowiadającego wymaganiom umowy oraz niewykazania przez powoda zakresu faktycznie wykonanych prac, a co za tym idzie wysokości przysługującego powodowi wynagrodzenia. Stanowisko pozwanego zaakceptowały Sądy obu instancji, nie przywiązując jednak należytego znaczenia do zasadniczej przyczyny tego stanu rzeczy, obciążającego jednak nie powoda, lecz pozwanego. Z wiążących Sąd Najwyższy przy rozpoznawaniu skargi kasacyjnej ustaleń wynika, że przywoływaną przez pozwanego przyczyną nieodebrania robót budowlanych wykonanych przez powoda we wrześniu i października 2012 r. było odstąpienie przez P. od umowy z dnia 15 lipca 2011 r. zawartej z Konsorcjum z powodu złożenia przez jego lidera - B. S.A. wniosku o ogłoszenie upadłości. W znajdującej się w aktach sprawy korespondencji przedsądowej, pozwany nie negował ciążącego na nim obowiązku odbioru wykonanych przez powoda robót; powoływał się natomiast na niemożność zrealizowania tego obowiązku ze względu na odstąpienie z dniem 4 października 2012 r. przez P. od umowy z dnia 15 lipca 2011 r. Pozwany wskazywał w korespondencji z powodem, że w następstwie odstąpienia od umowy inwestor P. usunął wykonawcę z placu budowy i zakazał mu tam wstępu, co uniemożliwiło, zdaniem pozwanego, odebranie wykonanych przez powoda robót oraz sporządzenie inwentaryzacji robót na dzień odstąpienia. Trzeba jednak podnieść, że w sytuacji, w której wymagalność roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty uzależniona jest od protokolarnego odbioru robót budowlanych przez zamawiającego, zaś zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie, uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie.

Takie zachowanie zamawiającego pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który jest uprawniony do żądania wynagrodzenia za zrealizowane roboty budowlane, a jego roszczenie staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór winien nastąpić. Stosownie do umowy stron z dnia 9 lutego 2012 r. protokół odbioru powinien być sporządzony przy udziale obu stron, ale powoda nie mogą obciążać jakiejkolwiek przeszkody dokonania odbioru, doznawane wyłącznie przez pozwanego i wynikające ze stosunku prawnego łączącego pozwanego z innym podmiotem, czyli P.; przeszkody te nie mogą rzutować ujemnie na uprawnienie powoda do otrzymania wynagrodzenia za wykonane prace budowlane. Z dowodów znajdujących się w aktach sprawy wynika jednoznacznie, że powód dopełnił możliwych i dostępnych mu aktów staranności, mających na celu miarodajne ustalenie zakresu wykonanych przez niego robót oraz rozmiaru przysługującego mu wynagrodzenia. Do odstąpienia od umowy zawartej przez P. z Konsorcjum, a następnie odebrania przez inwestora placu budowy doszło wskutek okoliczności obciążających wyłącznie członków Konsorcjum, czyli zamawiającego w stosunku prawnym z powodem. W związku z powyższym kwestia rozmiaru wykonanych przez powoda robót budowlanych w ostatnim okresie rozliczeniowym oraz przysługującego mu wynagrodzenia musi być ponownie rozpoznana przez Sąd Apelacyjny z uwzględnieniem całokształtu okoliczności tej sprawy, w tym także tych uprzednio pominiętych oraz z uwzględnieniem spoczywających na pozwanym obowiązków odbioru prac, którego niedopełnienie, z przyczyn nie leżących po stronie powoda, nie może rzutować ujemnie na uprawnienia wykonawcy do zapłaty za wykonane prace.

Kwestionując oddalenie apelacji w zakresie roszczenia o zwrot części wynagrodzenia za roboty budowlane, zatrzymanego przez B. S.A. na zabezpieczenie należytego ich wykonania, powód sformułował zarzut naruszenia art. 366 k.c. w zw. z art. 369 k.c. w zw. z art. 647¹ w zw. z art. 65 k.c. poprzez ich niezastosowanie przez Sąd Apelacyjny w sytuacji, w której - według skarżącego - umowa z dnia 9 lutego 2012 r. oraz art. 647¹ § 5 k.c. wskazują, że obaj członkowie Konsorcjum są solidarnie zobowiązani wobec powoda, z wyłączeniem jedynie roszczeń o wynagrodzenie, ale nie z wyłączeniem innych roszczeń, w tym, zdaniem skarżącego, z tytułu zwrotu kaucji gwarancyjnej. Zarzut ten nie jest uzasadniony, o

ile zmierza do obciążenia pozwanego obowiązkiem zwrotu na rzecz powoda kwoty 206 769,15 zł. zatrzymanej tytułem zabezpieczenia przez B. S.A.

Z umowy stron z dnia 9 lutego 2012 r. wynika, że uzgodniły one sposób zabezpieczenia należytej jakości robót budowlanych wykonywanych przez powoda na podstawie tej umowy, polegający na zatrzymaniu, osobno przez każdego z członków Konsorcjum, części wynagrodzenia przysługującego powodowi od każdego z nich, wynoszącej 10 procent każdej kwoty objętej poszczególnymi fakturami częściowymi wystawianymi przez powoda odrębnie na rzecz pozwanego i na rzecz B. S.A. Bezsporne jest, że pozwany zatrzymał z tego tytułu łącznie kwotę 90.631,45 zł., a B. S.A. kwotę 295 384,50 zł. Strony uzgodniły także przesłanki zwrotu zatrzymanego zabezpieczenia.

Sąd Apelacyjny przyjął, w ślad za Sądem Okręgowym, że roszczenie powoda o zwrot 70 procent kwoty zabezpieczenia skierowane przeciwko B. S.A. jest nieuzasadnione, ponieważ pozwany nie odpowiada w świetle postanowień umowy za zwrot tej kaucji. W nawiązaniu do tego zagadnienia przypomnienia wymaga, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych wskazuje się, iż w praktyce obrotu gospodarczego zabezpieczenie należytego wykonania robót budowlanych może nastąpić, stosownie do woli stron, na podstawie umowy ustanawiającej kaucję gwarancyjną lub w postaci zatrzymania przez zamawiającego uzgodnionej przez strony części wynagrodzenia przysługującego wykonawcy za zrealizowane roboty budowlane.

Umowa kaucji gwarancyjnej jest umową kausalną (prawną przyczyną przysporzenia jest zabezpieczenie wierzytelności) i realną, na podstawie której kaucjodawca przekazuje określoną ilość pieniędzy, a kaucjobiorca może z nich korzystać i zobowiązuje się do ich zwrotu na warunkach wskazanych w umowie. Nosi ona zatem cechy depozytu nieprawidłowego. Następuje przeniesienie własności przedmiotu kaucji, które jest połączone z władztwem, czyli konieczne jest przeniesienie posiadania rzeczy. Kaucja ma również charakter akcesoryjny, albowiem jest ściśle związana ze stosunkiem prawnym, który zabezpiecza. Dający kaucję gwarancyjną przekazuje zatem określoną kwotę na rachunek biorącego, a

biorący jest uprawniony do zaspokojenia z kaucji gwarancyjnej swoich roszczeń lub do zwrotu kaucji w przypadkach wskazanych w umowie stron.

Z przedstawionych wyżej względów kaucją gwarancyjną nie jest zatrzymanie przez zamawiającego, na podstawie postanowień umowy o roboty budowlane, części wynagrodzenia należnego wykonawcy, gdyż nie dochodzi wówczas do przekazania środków pieniężnych na rachunek podmiotu uprawnionego do uzyskania zabezpieczenia należytego wykonania świadczenia. W takiej bowiem sytuacji strony umowy nie ustanawiają obowiązku zapłacenia przez wykonawcę na rzecz zamawiającego kaucji gwarancyjnej w skonkretyzowanej wysokości, ale postanawiają, że określona część przysługującego wykonawcy wynagrodzenia za roboty zostanie zatrzymana przez zleceniodawcę robót do określonego momentu związanego z realizacją zadań, których prawidłowość wykonania została w ten sposób zabezpieczona.

W orzecznictwie przeważa pogląd, podzielany przez Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym niniejszą skargę kasacyjną, że zatrzymana jako zabezpieczenie kwota nie traci charakteru wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane; strony przesuwają jedynie termin i sposób jego uiszczenia przez zamawiającego, co mieści się w ramach swobody umów (art.353¹ k.c.). Nie dochodzi do wydania tej kwoty, ale do odroczenia terminu jej zapłaty. Porozumienie to pozbawione jest zatem cechy realności. Zatrzymane z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania robót wynagrodzenie podlega wykorzystaniu przez zamawiającego lub zwrotowi na rzecz wykonawcy w sytuacjach przewidzianych w umowie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 2019 r., I CSK 577/18, niepubl. oraz z dnia 23 marca 2018 r., I CSK 349/17, niepubl., odmiennie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2017 r., V CSK 428/16, niepubl.).

Strony wybrały drugą z wyżej opisanych metod zabezpieczenia interesów zleceniodawcy. W § 1.9 tej umowy uzgodniły, że lider oraz partner Konsorcjum ponoszą względem wykonawcy solidarną odpowiedzialność za wykonanie swoich zobowiązań (rozumianych jako zobowiązania zleceniodawcy), co w szczególności dotyczy dokonywania odbiorów robót, itp. (z wyjątkiem zapłaty wynagrodzenia). Konfrontacja treści zapisów umowy z dnia 9 lutego 2012 r. ze sposobem jej

wykonywania przez strony w części dotyczącej zasad naliczania, wypłacania wynagrodzenia oraz zatrzymywania jego części, wynoszącej 10 procent każdej sumy odrębnie przez każdego z członków Konsorcjum, przemawia za trafnością konstatacji Sądu Apelacyjnego o braku podstaw do obciążenia pozwanego obowiązkiem zwrotu dochodzonej przez powoda kwoty 206 768,89 zł., stanowiącej 70 % zatrzymanego przez B. S.A. wynagrodzenia powoda. W świetle zapisów umowy z dnia 9 lutego 2012 r. oraz sposobu ich realizowania przez strony, a zatem uzgodnionego i respektowanego przez strony sposobu zabezpieczania roszczeń zlecniodawcy, zobowiązany do zwrotu powodowi kwoty 206 768,89 zł., jest wyłącznie B. S.A. a nie pozwany. Źródłem kaucji gwarancyjnej było wynagrodzenie przysługujące powodowi za wykonane prace i objęte fakturami; w świetle § 9.2. i § 9.3. umowy inny był jedynie sposób jego zapłaty i termin wymagalności zwrotu tej części wynagrodzenia, przy czym każda ze spółek tworzących konsorcjum zatrzymywała określoną część wynagrodzenia niezależnie od drugiej, samodzielnie nim dysponując. Każdy z członków Konsorcjum odpowiadał zatem niezależnie i odrębnie za jego zwrot na rzecz powoda w przypadku spełnienia się przesłanek zwrotu zabezpieczenia przewidzianych w umowie z dnia 9 lutego 2012 r. Z tych przyczyn skarga kasacyjna jest w tym zakresie nieuzasadniona i podlega oddaleniu.

Odnosząc się natomiast do kwestii roszczenia powoda o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego kwoty 68 923,05 zł. jako części wynagrodzenia zatrzymanego przez B. S.A. w charakterze kaucji gwarancyjnej, należy w pierwszym rzędzie zauważyć, że w § 9.2 umowy z dnia 9 lutego 2012 r. strony postanowiły, że zwrot 70 % zatrzymanej kaucji gwarancyjnej nastąpi na pisemny wniosek wykonawcy złożony po podpisaniu przez inwestora protokołu przekazania - przejęcia do eksploatacji i zwrocie zabezpieczenia przez Inwestora na rzecz zlecniodawcy, w terminie 40 dni od daty otrzymania wniosku przez zlecniodawcę. Jednakże, jeżeli do dnia 30 stycznia 2013 r. brak będzie podpisanego protokołu przekazania - przejęcia do eksploatacji, to wykonawca jest uprawniony do złożenia po tej dacie wniosku o zwrot zabezpieczenia.

Sąd Apelacyjny dokonał wykładni tego postanowienia umownego zgodnie z którą przyjął, że nie spełniły się przewidziane w umowie przesłanki zwrotu 70 procent części zatrzymanego wynagrodzenia, albowiem P. nie zwróciło Konsorcjum

zabezpieczenia udzielonego mu uprzednio przez członków Konsorcjum. Wprost przeciwnie- inwestor wykorzystał zabezpieczenie z przyczyn obciążających lidera Konsorcjum B. S.A., którego wniosek o ogłoszenie upadłości stał się przyczyną (przewidzianą w umowie z dnia 15 lipca 2011 r.) odstąpienia przez P. od tej umowy z Konsorcjum. Tego faktu powód nie negował. Skarżący nie sformułował, jednakże w skardze kasacyjnej zarzutów materialnoprawnych pozwalających na kasacyjną kontrolę prawidłowości wykładni tego postanowienia umownego zawartego w § 9.2 umowy z dnia 9 lutego 2012 r. oraz prawidłowości jego zastosowania w realiach rozpoznawanej sprawy, stąd kwestia oddalenia roszczenia o zasądzenie dochodzonej części zabezpieczenia usuwa się spod kontroli kasacyjnej. Zgodnie bowiem z art.398¹³ § 1 k.p.c. Sąd Najwyższy rozpoznaje skargę w granicach zaskarżenia oraz w granicach podstaw. Związanie granicami podstaw kasacyjnych oznacza powinność Sądu Najwyższego merytorycznego rozpoznania jedynie tych zarzutów materialnoprawnych i procesowych, które zostały wytknięte przez skarżącego i są dopuszczalne w świetle art. 398³ § 1 i 2 k.p.c. oraz niedopuszczalność uwzględnienia z urzędu innych, występujących wprawdzie obiektywnie, lecz nie wytkniętych przez skarżącego, uchybień materialnoprawnych i procesowych, bez względu na ich ciężar i znaczenie dla wyniku rozpoznania skargi. W świetle sformułowanych w skardze podstaw Sąd Najwyższy nie ma zatem narządzi ani możliwości poddania ocenie rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego oddalającego apelację powoda od wyroku Sądu pierwszej instancji oddalającego roszczenie powoda o zasądzenie od pozwanego kwoty 68 923,05 zł.

Pozostałe zarzuty skargi kasacyjnej nie są trafne. Zarzut naruszenia art. 647¹ § 1 k.c. w zw. z art. 649⁵ k.c. przez błędne zastosowanie, polegające na przyjęciu, że podwykonawca powinien znać postanowienia umowy inwestora z generalnym wykonawcą oraz że postanowienia tej umowy należy stosować *per analogiam* do interpretacji postanowień umowy stron (z dnia 9 lutego 2012 r.) w sytuacji, w której to inwestor powinien znać treść umowy podwykonawczej, a nie na odwrót, jest niezrozumiały, albowiem nie przystaje ani do ustaleń faktycznych ani zagadnień materialnoprawnych wchodzących w rachubę w świetle realiów rozpatrywanej sprawy.

Skarżący zarzucił także w skardze naruszenie art. 405 k.c. przez jego niezastosowanie i przyjęcie przez Sąd Apelacyjny, że pozwany miał prawo osiągnąć korzyść majątkową kosztem powoda i nie zapłacić mu za wykonane roboty, podczas gdy pozwany otrzymał za nie wynagrodzenie od inwestora. Zarzut ten nie może być uwzględniony, albowiem powód opierał swoje roszczenia na zapisach umowy o roboty budowlane z dnia 9 lutego 2012 r., której ważność nie była przez strony kwestionowana ani nie została podważona, stąd wskazana w tym zarzucie podstawa prawna nie mogła być brana pod uwagę. Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał w swoich orzeczeniach, że w sytuacji, gdy umowa, na podstawie której zostały wykonane roboty budowlane, okazała się nieważna, sąd może zasądzić od strony korzystającej z ekonomicznych efektów zrealizowanych robót, wynagrodzenie na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r. II CSK 344/07, z dnia 2 lutego 2011 r. II CSK 414/10, z dnia 11 marca 2010 r. IV CSK 401/09 z dnia 28 sierpnia 2013 r. V CSK 362/12, niepubl.). Dopuszczalność zasądzenia na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu kwoty dochodzonej przez wykonawcę jako wynagrodzenie umowne za wykonane roboty budowlane, uwarunkowana jest jednak zbieżnością stanu faktycznego obu tych roszczeń na tle konkretnego stanu faktycznego ustalonego w rozpoznawanej sprawie (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2010 r., I CSK 64/10, niepubl., i z dnia 13 kwietnia 2017 r., I CSK 270/16, niepubl.). W takim wypadku sąd, stwierdzając nieważność umowy może uwzględnić powództwo wykonawcy robót budowlanych na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, bez potrzeby dokonywania przedmiotowej zmiany powództwa w rozumieniu art. 193 § 1 k.p.c. (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2010 r. IV CSK 401/09, niepubl. oraz z dnia 2 lutego 2011 r. II CSK 414/10, niepubl.). Jak to już podniesiono, taka sytuacja nie wystąpiła w tej sprawie, albowiem ważność umowy o roboty budowlane z dnia 9 lutego 2012 r., stanowiącej podstawę dochodzonych roszczeń powoda nie była przez strony podważana.

Reasumując, skarga kasacyjna powoda okazała się zasadna w części dotyczącej roszczenia o wynagrodzenie za zrealizowane przez powoda roboty budowlane, stąd zaskarżony wyrok podlegał w tym zakresie uchyleniu, a sprawa przekazaniu Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i orzeczenia o

kosztach postępowania kasacyjnego. W pozostałej części skarga kasacyjna powoda została oddalona jako pozbawiona uzasadnionych podstaw z przyczyn wyżej przedstawionych.

ke