

Sygn. akt *I ACa 1288/16*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 kwietnia 2017 r.

**Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny**

w składzie:

Przewodniczący: SSA Małgorzata Gulczyńska

Sędziowie: SSA Piotr Górecki

SSA Jerzy Geisler /spr./

Protokolant: st.sekr.sąd. Kinga Kwiatkowska

po rozpoznaniu w dniu 4 kwietnia 2017 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **J. S.**

przeciwko **Gmina B.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 11 lipca 2016 r. sygn. akt IX GC 78/16

1. oddała apelację;
2. zasądza od pozwanej na rzecz powoda 10.800 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za instancję odwoławczą.

Piotr Górecki Małgorzata Gulczyńska Jerzy Geisler

--	--	--

## UZASADNIENIE

**Powód J. S.**, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlany (...) w G., wniósł o zasądzenie od **pozwanej – Gminy B.** na swoją rzecz kwoty 269.650 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 5 listopada 2015 r. do dnia zapłaty i zasądzenia zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (k. 2-10).

W odpowiedzi na pozew pozwana zażądała oddalenia powództwa w całości oraz zasądzenia od powoda na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (k. 56-59).

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 11 lipca 2016 r. Sąd Okręgowy zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 269.650 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 5 listopada 2015 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz dalszymi ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, a nadto obciążył pozwaną kosztami procesu i z tego tytułu zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 27.900 zł (k. 89).

Pisemne uzasadnienie zaskarżonego wyroku zamieszczono na kartach 93-98 akt niniejszej sprawy.

Podstawą powyższego rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne.

Powód jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność m.in. w zakresie realizacji budowlanych. Pozwana jest jednostką samorządu terytorialnego.

Dnia 18 listopada 2013 r. w B. strony zawarły umowę nr RF(...) której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych na budowie stadionu sportowego oraz budynku zaplecza w B.. Zawarcie umowy było rezultatem wyboru oferty powoda w trybie przetargu nieograniczonego. Strony ustaliły pierwotny termin zakończenia robót na 30 czerwca 2015 r. Za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający zapłacić miał wykonawcy wynagrodzenie brutto w formie ryczałtu w kwocie 11.990.000 zł.

Zgodnie z aneksem nr (...) z 31 sierpnia 2015 r. termin wykonania umowy został przedłużony do września 2015 r.

Strony przewidziały wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Powód miał wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej i pieniężnej równe 5% wartości ceny ofertowej, tj. 599.500 zł. Wniesione zabezpieczenie przeznaczone było na zabezpieczenie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zmiany formy zabezpieczenia dopuszczalne były wyłącznie w okresie trwania umowy, przy czym strony wymagały, aby najpóźniej w dniu zakończenia umowy wykonawca przedstawił zabezpieczenie w formie przez siebie wybranej pokrywające się z terminem udzielonej rękojmi za wady. W przeciwnym wypadku zamawiający do czasu wniesienia zabezpieczenia zatrzyma na poczet zabezpieczenia kwotę należną z wynagrodzenia wykonawcy.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy miało zostać zwolnione odpowiednio: 70% wniesionego zabezpieczenia gwarantującego zgodne z umową wykonanie robót zostanie zwrócone lub zwolnione w ciągu 30 dni po ostatecznym wykonaniu zamówienia i jego odbiorze. Pozostała część zabezpieczenia 30% miała zostać zwrócona w ciągu 15 dni po upływie okresu rękojmi za wady.

Zgodnie z ustaleniami stron powód wniósł całe zabezpieczenie przewidziane umową, ale ostatecznie całość zabezpieczenia została wniesiona w formie pieniężnej, już bez zabezpieczenia w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Pozwana zatrzymała do czasu zamknięcia rozprawy kwotę 269.650 zł, która stanowi 70% łącznie wpłaconego przez powoda zabezpieczenia, jak również pozostałe 30% zabezpieczenia.

Dnia 5 października 2015 r. został dokonany odbiór końcowy przedmiotu umowy. Stwierdzono, że usterki ujęte w protokole z rozpoczęcia odbioru z 25 września 2015 r. zostały usunięte. Inwestycja posiada wadę trwałą, niedającą się usunąć. Dotyczy ona ścian oporowych, które wykazują odchylenia większe od założeń technologicznych, co jednak nie grozi bezpośrednio awarią lub katastrofą. Zalecono monitoring geodezyjny geometrii ścian oporowych na koszt powoda na 9 miesięcy od października 2015 r. Powód do dnia zamknięcia rozprawy cały czas wykonywał ten monitoring zgodnie z zaleceniami.

W protokole tym komisja odbiorowo pozytywnie zaopiniowała propozycję wykonawcy, aby w zamian za wydłużenie obowiązujących go terminowo rękojmi za wady i gwarancji jakości w odniesieniu do murów oporowych i wszelkich innych elementów przedmiotu umowy, na który mogą mieć wpływ wady murów oporowych, odstąpić od obniżenia wynagrodzenia wykonawcy ze względu na wystąpienie wad nieusuwalnych.

Osoby biorące udział w odbiorze uznały inwestycję za odebraną końcowo od powoda oraz stwierdziły, że inwestycja odpowiada przeznaczeniu i jest gotowa do użytkowania; pozwany przejął inwestycję. Powód zaś wydłużył gwarancję na wykonane prace.

Dnia 16 października 2015 r. został spisany protokół przekazania-przyjęcia przedmiotu umowy, w którym stwierdzono, że odbiór końcowy wykonanych robót nastąpił 5 października 2015 r. Obiekt uzyskał również pozwolenie na użytkowanie.

Powód wezwał pozwanego do zwrotu kwoty 269.650 zł pismem z 19 listopada 2015 r. Mimo otrzymania wezwania 23 listopada 2015 r. pozwana nie dokonała zwrotu 70% wniesionego zabezpieczenia powodowi.

Do czasu zamknięcia rozprawy pozwana nie uczyniła zadość żądaniu powoda, mimo wcześniejszych wezwań do zapłaty.

Na podstawie tak poczynionych ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy wyprowadził następujące wnioski prawne.

Powołując się na treść przepisów art. 147 ust. 2 i art. 151 ust. 1 ustawy- Prawo zamówień publicznych, Sąd I instancji doszedł do przekonania, że pozwana winna zwrócić powodowi 70% wniesionego zabezpieczenia. Stosownie bowiem do treści umowy łączącej strony taka kwota zabezpieczenia miała zostać zwrócona powodowi po upływie 30 dni po ostatecznym wykonaniu zamówienia i jego odbiorze. Potwierdzeniem powyższego jest w szczególności protokół odbioru końcowego z dnia 5 października 2015 r. Odbiór przedmiotu umowy potwierdzili także świadkowie ze strony pozwanej. W ocenie Sądu Okręgowego zaistniał zatem warunek do zwolnienia z zabezpieczenia kwoty dochodzonej pozwem. Z powołaniem się na poglądy piśmiennictwa Sąd I instancji wskazał, iż odbiór przedmiotu świadczenia wykonawcy i uznanie jego zobowiązania za należycie wykonane powoduje, że odpada podstawa istnienia zabezpieczenia dla roszczeń z tytułu niewykonania i nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia. Suma ta miała być zwrócona po ostatecznym wykonaniu zobowiązania i jego odbiorze. Zdaniem Sądu Okręgowego o ile ta część zabezpieczenia, która była przedmiotem sporu, miała gwarantować zgodnie z umową wykonanie robót, o tyle nie miała ona gwarantować wykonania odpowiedzialności z rękojmi czy gwarancji przez powoda. Bowiem to kaucja gwarancyjna – jak słusznie podnosił powód – określona w § 11 ust. 4 umowy stron odnosi się do zabezpieczenia tych ostatnich roszczeń. W przekonaniu Sądu I instancji przyjęcie wykładni promowanej przez pozwaną prowadziłoby nie tylko do naruszenia postanowień umowy, ale bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa – w szczególności przepisu art. 151 ust. 2 prawa zamówień publicznych. Wątpliwości Sądu Okręgowego nie ulegało, że pozwana wybrała ofertę powoda na wykonanie prac objętych umową stron nr RF.(...) (...)w ramach ogłoszonego postępowania przetargowego. Z uwagi na fakt, iż pozwana jest jednostką samorządu terytorialnego przetarg ten był prowadzony w oparciu o ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Nadto zdaniem Sądu I instancji z uwagi na fakt, że pozwana nie podniosła w tym procesie żadnych zarzutów oraz nie przedstawiła jakichkolwiek roszczeń (np. z rękojmi czy gwarancji) przeciwko żądaniu pozwu, roszczenie powoda należało uznać za zasadne. Dodatkowo Sąd Okręgowy wskazał, iż wobec powyższych stwierdzeń i treści postanowień umowy oraz przepisów prawa bez znaczenia są twierdzenia pozwanej co do braku udowodnienia przez powoda okoliczności, że warunkiem rozszerzenia czasowego odpowiedzialności gwarancyjnej powoda, był zwrot części zabezpieczenia po odbiorze. Pełnomocnik pozwanej potwierdził zaś, iż w dalszym ciągu trwa monitoring wykonanego obiektu w zakresie geodezyjnym na koszt powoda, co prawdopodobnie wpłynęło na brak roszczeń pozwanej. Mając na uwadze powyższe rozważania Sąd I instancji orzekł w całości zgodnie z żądaniem pozwu.

Apelację od powyższego wyroku wywiodła pozwana, zaskarżając go w całości.

Zaskarżonemu rozstrzygnięciu pozwana zarzuciła:

1. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez poczynienie ustaleń sprzecznych z zebranych w sprawie materiałem dowodowym;

2. naruszenie prawa materialnego, tj.:

a) art. 65 § 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie;

b) art. 147 ust. 2 i art. 151 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2005 r., poz. 2164 z późn. zm.) – dalej jako „p.z.p” - poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie.

Wobec powyższego pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, za obie instancje (k. 103-106).

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o jej oddalenie w całości i utrzymanie zaskarżonego wyroku Sądu I instancji w mocy, a nadto zażądał zasądzenia od pozwanej na swoją rzecz zwrotu kosztów procesu przed Sądem II instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (k. 145-148).

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelacja pozwanej nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne, poczynione przez Sąd I instancji, jak też wyprowadzone na ich podstawie wnioski prawne, czyniąc je tym samym podstawą własnego rozstrzygnięcia. Ustaleń tych Sąd Okręgowy, wbrew twierdzeniom pozwanej, dokonał bez obrazy art. 233 § 1 k.p.c. - w oparciu o wszechstronnie przeanalizowany, oceniony zgodnie z zasadami wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego materiał dowodowy, a w każdym razie skarżąca nie wykazała, by tak ujęte kryteria oceny wiarygodności i mocy dowodów zostały przez Sąd ten naruszone, prowadząc do ustaleń niezgodnych ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym.

Skarżąca w apelacji, oprócz zarzutu naruszenia prawa procesowego (art. 233 § 1 k.p.c.), sformułowała także zarzuty naruszenia prawa materialnego, mianowicie art. 65 § 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie oraz art. 147 ust. 2 i art. 151 ust. 1 p.z.p. poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie.

Odnosząc się do pierwszego z ww. zarzutów wskazać należy, że Sąd I instancji dokonał prawidłowej wykładni umowy z dnia 18 listopada 2013 r., w szczególności § 16, w treści którego strony przewidziały konieczność udzielenia zabezpieczenia w formie gotówkowej oraz warunki i termin jego zwrotu bądź zwolnienia (k. 22). Nie ulega wątpliwości, iż Sąd Okręgowy w sposób właściwy zinterpretował również zapisy aneksu do ww. umowy sporządzonego w dniu 5 października 2015 r. (k. 26) oraz treść protokołu końcowego odbioru przedmiotu umowy z dnia 5 października 2015 r. (k. 27-33). Bezsprzeczne jest, że inwestycja realizowana przez strony posiada wadę trwałą niedającą się usunąć, dotyczącą ścian oporowych, które wykazują odchylenia większe od założeń technologicznych. Niezależnie od stwierdzenia tej wady dopuszczono do warunkowego użytkowania ścian oporowych na podstawie ekspertyzy sporządzonej na zlecenie pozwanej we wrześniu 2015 r. oraz w oparciu o oświadczenia kierownika budowy, inspektora nadzoru budowlanego i projektanta ścian oporowych. Wobec treści ww. ekspertyzy ustalono, że odchylenia od pionu nie stwarzają bezpośredniego zagrożenia awarią lub katastrofą budowlaną. Nadto w protokole narady z dnia 3 października 2015 r. stabilność konstrukcji murów oporowych potwierdził projektant P. T.. Podkreślenia wymaga, że z uwagi na stwierdzenie wyżej opisanej wady trwałej, bezspornie nieusuwalnej, powód z jednej strony przedłużył gwarancję i rękojmię w zakresie murów oporowych o dodatkowe 60 miesięcy, a nadto zobowiązał się do prowadzenia na własny koszt monitoringu geodezyjnego geometrii ścian oporowych według metodologii z dnia 20 kwietnia 2015 r. przez okres 9 miesięcy. Co istotniejsze komisja dokonująca końcowego odbioru prac wykonanych przez powoda pozytywnie zaopiniowała jego propozycję, by w zamian za wydłużenie obowiązujących go terminów rękojmi za wady i gwarancji jakości w odniesieniu do murów oporowych i wszelkich innych elementów przedmiotu umowy, na które wady tych murów mogą mieć wpływ, odstąpić od obniżenia wynagrodzenia powoda za względu na wystąpienie wad nieusuwalnych. Takie ustalenie jest według komisji korzystniejsze dla zamawiającego (pозwanej), bowiem gdyby obniżono wynagrodzenie za wadę trwałą, to odpowiedzialność i wszelkie następstwa wynikające z tej wady pozostawałyby po stronie inwestora (pозwanej). Wobec dokonania powyższych ustaleń osoby biorące udział w odbiorze prac wykonanych przez powoda uznały inwestycję za odebraną końcowo, a nadto stwierdziły, że inwestycja

odpowiada przeznaczeniu i jest gotowa do użytkowania. Jednocześnie doszło do jej przejścia przez zamawiającego – pozwaną. Podkreślić przy tym należy, iż choć obiekt budowlany wybudowany przez powoda niewątpliwie posiada nieusuwalną wadę trwałą, to nie zagraża ona ani katastrofą budowlaną, ani tym bardziej nie uniemożliwia korzystania z tego obiektu. Powyższy wniosek potwierdza treść decyzji Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Ż. z dnia 16 października 2015 r., który udzielił pozwolenia na użytkowanie kompleksu sportowo-rekreacyjnego wraz z przyłączami (vide: k. 35-36).

W tym stanie rzeczy zarzut skarżącej naruszenia art. 65 § 2 k.c. Sąd Apelacyjny uznał za niezasadny.

Sąd Odwoławczy nie podzielił także zarzutu skarżącej naruszenia art. 147 ust. 2 p.z.p., zgodnie z treścią którego zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, jak również art. 151 ust. 1 p.z.p. – zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane.

W okolicznościach niniejszej sprawy strony, działając w granicach ww. ustawy, niewątpliwie uzgodniły zmodyfikowaną w stosunku do zacytowanych przepisów wersję wniesienia i zwrotu zabezpieczenia. Ustalenia te zawarto w § 16 umowy z dnia 18 listopada 2013 r. Jednakże wobec stwierdzenia wady nieusuwalnej wybudowanego obiektu, strony zmodyfikowały łączący je stosunek prawny o tyle, że powód zobowiązał się po pierwsze- do prowadzenia przez okres 9 miesięcy monitoringu geodezyjnego celem ustalenia czy ewentualnie następuje jakieś obsunięcie się murów oporowych w związku z ich niewłaściwym wybudowaniem, a po drugie – zobowiązał się do przedłużenia gwarancji na funkcjonowanie tych elementów aż do 120 miesięcy. Tym samym powód dwukrotnie wydłużył okres udzielonej gwarancji, tj. na kolejne 60 miesięcy w porównaniu do pierwszego okresu 60 miesięcy, jaki strony pierwotnie przewidziały w przedmiotowej umowie – łącznie 120 miesięcy. Powyższa modyfikacja stosunku zobowiązaniowego z dnia 18 listopada 2013 r., która znalazła odzwierciedlenie w treści aneksu do tej umowy sporządzonego i podpisanego w dniu 5 października 2015 r. (k. 26) spowodowała, iż pomimo wystąpienia nieusuwalnych wad trwałych, doszło do końcowego odbioru prac powoda. Następnie uzyskano pozwolenie na jego użytkowanie. Źródłem sporu między stronami nie była również okoliczność, że pozwana na obiekcie wybudowanym przez powoda organizuje wydarzenia sportowe, zatem obiekt jest obecnie użytkowany i wykorzystywany do celu, w jakim został wybudowany. W konsekwencji przyjąć należy, że zrealizowany został wymóg zwrotu 70% kaucji wpłaconej przy zawieraniu umowy, która bezspornie miała zostać zwrócona lub zwolniona w ciągu 30 dni po ostatecznym wykonaniu zamówienia i jego odbiorze (vide: § 16 ust. 4 umowy z dnia 18 listopada 2013 r. – k. 22). Doszło bowiem do zakończenia procesu budowlanego. Obiekt budowlany wykonany przez powoda został przez inwestora odebrany, a w następstwie - dopuszczony do użytkowania, w związku z czym zaszły podstawy do zwrotu kaucji w tej części.

Na marginesie Sąd Apelacyjny pragnie zwrócić uwagę na okoliczność, że celem ewentualnego odzyskiwania należności związanych z usuwaniem istniejących wad już w okresie po oddaniu tego obiektu, inwestor będzie mógł skorzystać z pozostałych 30% części wpłaconej tytułem zabezpieczenia kaucji.

Gdyby doszło do takiego zdarzenia, iż wysokość należności z tytułu usunięcia wad byłaby wyższa, to pozwana ma podstawy, żeby dochodzić tego od powoda, jednakże w ocenie Sądu Apelacyjnego, w obecnym stanie rzeczy spełnione zostały wszystkie wymogi do tego, by zwrot 70% kaucji nastąpił.

W konsekwencji powyższego apelację pozwanej oddalono, o czym Sąd Apelacyjny orzekł w punkcie 1. wyroku.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd rozstrzygnął na podstawie art. 98 k.p.c. zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, obciążając nimi w całości pozwaną jako stronę, która przegrała niniejszą sprawę. W konsekwencji to pozwaną obarczono obowiązkiem zwrotu na rzecz powoda kosztów postępowania, na które złożyło się wyłącznie wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika za reprezentowanie powoda przed instancją odwoławczą w kwocie 10.800 zł (pkt 2. wyroku). Wysokość kosztów zastępstwa procesowego ustalono na podstawie § 10 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 2 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie z dnia 22

października 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 1800) w brzmieniu obowiązującym w chwili wszczęcia postępowania przed Sądem II instancji.

SSA M. Gulczyńska SSA J. Geisler SSA P. Górecki