

*Sygn. akt VII AGa 2130/18*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 27 listopada 2018 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:*

*Przewodniczący: SSA Jan Szachulowicz*

*Sędziowie: SA Ewa Zalewska*

*SO del. Tomasz Szczurowski (spr.)*

*Protokolant: stażysta Marta Kłoskowska*

*po rozpoznaniu w dniu 27 listopada 2018 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa M. S. (...) w C. M. (...)*

*przeciwko (...) spółce akcyjnej w M. (...), (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji powoda*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 23 kwietnia 2018 r., sygn. akt XX GC 248/16*

*1. zmienia zaskarżony wyrok w całości w ten sposób, że:*

*a) w punkcie I (pierwszym) zasądza od (...) spółki akcyjnej w M. oraz od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz M. S.(...) w C. M. kwotę 112.166 zł (sto dwanaście tysięcy sto sześćdziesiąt sześć złotych) wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 23 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, z tym zastrzeżeniem, że zapłata przez jednego z pozwanych na rzecz powoda zwalnia drugiego pozwanego z obowiązku zapłaty na rzecz powoda do wysokości dokonanej zapłaty;*

*b) w punkcie II (drugim) zasądza od (...) spółki akcyjnej w M. oraz od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. solidarnie na rzecz M. S.(...) w C. M. kwotę 13.925,08 zł (trzynaście tysięcy dziewięćset dwadzieścia pięć złotych, osiem groszy) tytułem zwrotu kosztów procesu;*

*c) w punkcie III (trzecim) nakazuje pobrać od pozwanych (...) spółki akcyjnej w M. oraz od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. solidarnie na rzecz Skarbu Państwa – Kasa Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 102,56 zł (sto dwa złote, pięćdziesiąt sześć groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;*

*2. zasądza od (...) spółki akcyjnej w M. oraz od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. solidarnie na rzecz M. S.(...) w C. M. kwotę 9.659 zł (dziewięć tysięcy sześćset pięćdziesiąt dziewięć złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.*

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 28 marca 2016 r. powód M. S. w C. M. (...) wniósł o zasądzenie od pozwanych (...) S.A. w M. (...) i (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwoty 112.166,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 23 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, z tym zastrzeżeniem, że zapłata przez jednego z pozwanych zwalnia drugiego z obowiązku zapłaty na rzecz powoda do wysokości dokonanej zapłaty oraz kosztów procesu.

W odpowiedzi na pozew pozwani wnieśli o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda kosztów postępowania według norm przepisanych. Strona pozwana nie kwestionowała zasadności żądania powoda zwrotu pozostałej części wynagrodzenia, jak i jego wysokości. Pozwani złożyli oświadczenie o potrąceniu wierzytelności powoda dochodzonej pozwem z kwotą stanowiącą wierzytelność wzajemną pozwanych wobec powoda z tytułu kosztów poniesionych w ramach zastępczego usunięcia wad i usterek oraz naliczonej kary umownej.

Wyrokiem z dnia 23 kwietnia 2018 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo w całości (pkt I) oraz stosownie do wyniku sporu orzekł o kosztach postępowania (pkt II i III).

Powyższy wyrok zapadł w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i wywody prawne:

Powód zawarł w dniu 30 sierpnia 2013 r. z pozwanymi (...) S.A. w M. (...) i (...) spółką akcyjną w W. działającymi jako Konsorcjum (dalej: Konsorcjum) umowę o podwykonawstwo, a przedmiotem której było wykonanie prac określonych w załączniku nr 1 do umowy, w ramach inwestycji realizowanej przez Konsorcjum na rzecz Skarbu Państwa - statio fisci Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: GDDKiA) z dnia 28 grudnia 2011 r. o nr (...) polegających na wykonaniu ogrodzenia, ustawieniu ogrodzenia z siatki stalowej o wysokości 2,2 m, ogrodzenia z siatki stalowej o wysokości 2,4 m, wykonaniu bram w ogrodzeniu z siatki stalowej w ramach kątownika, furtek w ogrodzeniu z siatki stalowej w ramach kątownika (§1 pkt 1 i 2 umowy, załącznik nr 1 - k.53v). Termin realizacji zleconych prac określał załącznik nr 2 do umowy podwykonawstwa (§2 pkt 1 umowy). W § 4 pkt 1 umowy strony ustaliły, że za wykonane przez powoda prace Konsorcjum dokona zapłaty wynagrodzenia, które będzie miało charakter ryczałtowy według cen wskazanych w załączniku nr 1 do umowy podwykonawstwa. Zapłata wynagrodzenia nastąpić miała na podstawie wystawionej przez powoda faktury VAT, płatnej w terminie 30 dni od dostarczenia Konsorcjum (§4 pkt 10 i 11 umowy). Strony w § 4 pkt 12 umowy zastrzegły, że pozwani mają prawo dokonać potrącenia swoich należności wobec powoda, wynikających z niniejszej umowy, w szczególności z tytułu kary umownej lub innych, w formie pomniejszenia należności powoda w dokumencie płatności. Dodatkowo strony ustaliły, że w przypadku zaniechania przez powoda wykonania czynności, do których na mocy zawartej umowy był zobowiązany, pozwani po uprzednim wezwaniu pisemnym do podjęcia tych czynności w wyznaczonym terminie oraz po bezskutecznym upływie tego terminu, mogą zlecić wykonanie zastępcze tych czynności oraz koszty z tego tytułu potrącić z wynagrodzenia należnego powodowi (§4 pkt 14 umowy).

W § 5 umowy wskazano, że powód udziela pozwanym zabezpieczenia wykonania umowy oraz usunięcia wad i usterek w wysokości i na zasadach określonych w pkt III załącznika nr 3. Zgodnie z treścią pkt III ust. 1 załącznika nr 3 do umowy, zabezpieczenie wykonania wynosiło 10% wartości umowy brutto z każdej kolejnej płatności przysługującej powodowi od pozwanych. Zabezpieczenie wykonania umowy miało zostać powodowi zwrócone w terminie 30 dni, od upływu 12 miesięcy od otrzymania przez pozwanych od zamawiającego Świadectwa Przyjęcia i po złożeniu przez powoda pisemnego wniosku o zwrot zajętej części wynagrodzenia, przy czym strony zastrzegły, że Konsorcjum pozostawi na zabezpieczenie roszczeń z tytułu wad i szkód 30% wartości zabezpieczenia wykonania (pkt III ust. 3 załącznik nr 3 do umowy). W dalszej części umowy strony ustaliły, że w przypadku stwierdzenia opóźnienia lub nieprawidłowej jakości wykonanych przez powoda prac, o fakcie tym Konsorcjum pisemnie powiadomi powoda. Po bezskutecznym wezwaniu powoda do usunięcia powstałych opóźnień lub nieprawidłowości w jakości prac, pozwani uprawnieni byli do powierzenia części prac innemu podmiotowi i potrącenia wszelkich poniesionych w związku z tym kosztów z wynagrodzenia należnemu powodowi (§ 9 pkt 1 umowy). Strony zastrzegły w umowie, że w przypadku

niedotrzymania przez powoda terminów na usunięcie wad oraz wykonania drobnych prac zaległych stwierdzonych w świadectwie przyjęcia przez inwestora, Konsorcjum uprawnione będzie do naliczenia kary umownej, której wysokość określał pkt II ust. 20 załącznika nr 3 (§ 9 pkt 5 umowy). Zgodnie z pkt II ust. 20 załącznika nr 3 wysokość kary umownej przewidzianej w § 9 pkt 5 umowy, wynosiła 5.000,00 zł za każdy dzień opóźnienia.

W treści § 10 umowy strony uregulowały procedurę dotyczącą usuwania wad i usterek związanych z udzieloną przez powoda gwarancją i rękojmią. Strony ustaliły w ramach tej procedury, że w przypadku wykrycia wady pozwani zawiadomią o fakcie tym stronę powodową, wyznaczając jednocześnie termin i miejsce oględzin. Istnienie wady stwierdzone miało być w ramach protokołu z oględzin, przy czym w przypadku braku zgody stron co do tego czy wada istnieje oraz jej zakresu decydować miało zdanie pozwanych jako wykonawcy. Nieobecność powoda w terminie i miejscu oględzin, nie stanowiła przeszkody w samodzielnym stwierdzeniu istnienia wady przez wykonawcę. W przypadku stwierdzenia istnienia wad Konsorcjum uprawnione było do żądania ich usunięcia, wyznaczając jednocześnie stronie powodowej termin do ich usunięcia z zastrzeżeniem, że w przypadku nieusunięcia wykrytych wad w terminie, lub też odmowy do ich usunięcia stronie pozwanej będzie przysługiwało uprawnienie do ich usunięcia na koszt powoda (§10 pkt 2 umowy).

Strony uzgodniły również, że koszty usunięcia wad lub usterek miały być potrącone z należności przysługujących powodowi, lub z kwoty zatrzymanej w ramach kaucji gwarancyjnej, po uprzednim wystawieniu przez stronę pozwaną odpowiedniej faktury korygującej (§10 pkt 4 umowy). Udzielenie gwarancji przez powoda dokonane zostało na zasadach, warunkach i w terminach odpowiadających gwarancji jakości do jakiej udzielenia zobowiązana była strona pozwana na podstawie umowy z zamawiającym, z którą strona powodowa w chwili zawarcia umowy się zapoznała oraz, którą akceptowała, zobowiązując się do usuwania wad w pracach zgodnie z warunkami i we wskazanych w dokumencie tym terminach (§10 pkt 5 umowy).

Zgodnie z pkt 4 ust. 2 zaakceptowanej przez powoda Gwarancji Jakości - wady nieistotne nie wpływające na eksploatację części przedmiotu kontraktu miały być usuwane w terminie 48 godzin od chwili powiadomienia. Wszelkie pisemne zawiadomienia w ramach realizacji przedmiotowej umowy strony zobowiązały się wzajemnie doręczać na adresy wskazane w załączniku nr 3 do umowy (§13 pkt 1 umowy). Zgodnie z załącznikiem 3 pkt II ust 24 pisemne zawiadomienia do powoda miały być kierowane na adres: M. S., M. S., (...) R. (...), (...) P., W." lub „E., (...) lok (...), (...)-(...) Ł." .

Zgodnie z zawartą umową powód wykonał w całości zleczone przez pozwanych roboty budowlane. W związku z wykonaniem części robót powód w dniu 27 listopada 2013 r. wystawił fakturę VAT na kwotę 390.270,55 złotych brutto. Z faktury tej zgodnie z treścią zawartej umowy pozwany dokonał potrącenia na poczet zabezpieczenia należytej jakości wykonania 10% wartości brutto wynagrodzenia w wysokości 58.540,58 zł. Następnie za pozostałą część wykonanych robót w dniu 22 kwietnia 2014 r. powód wystawił fakturę VAT na kwotę 1.013.980,72 złotych brutto. Z faktury tej pozwany zgodnie z treścią zawartej umowy dokonał potrącenia na poczet zabezpieczenia należytej jakości wykonania 10% wartości brutto wynagrodzenia w wysokości 101.696,56 zł tytułem zabezpieczenia wykonania.

Wobec realizacji zleconych robót, w dniu 22 kwietnia 2014 r. pomiędzy stronami doszło do zawarcia porozumienia w sprawie końcowego rozliczenia umowy. W ramach tego porozumienia strony ustaliły, że powód udziela zgody Konsorcjum na dokonanie potrącenia kwoty 150.000,00 zł z całkowitej kwoty wynagrodzenia z tytułu wykonawstwa zastępczego zastosowanego przez pozwanych jednocześnie zastrzegając, iż kwota ta wyczerpuje wszelkie roszczenia pozwanych związane z wykonanymi przez powoda robotami, jednak za wyjątkiem roszczeń związanych z rękojmią i gwarancją (pkt 1 porozumienia).

W trakcie prowadzonych przez GDDKiA przeglądów, które miały miejsce w dniu 13 sierpnia 2014 r. okazało się, że wykonane w ramach umowy z dnia 30 sierpnia 2013 r. przez powoda roboty były obciążone wadami w zakresie prac polegających na ogrodzeniu drogi oraz montażu słupków. O fakcie wykrycia wad i usterek w pracach wykonywanych przez powoda dotyczących ogrodzenia trasy (...), w szczególności osadzenia słupków, GDDKiA poinformowała w piśmie z dnia 14 sierpnia 2014 r. Konsorcjum, wzywając jednocześnie do podjęcia natychmiastowych działań. Pismem

z dnia 22 września 2014 r. Konsorcjum przesłało do powoda pisemne zawiadomienie o stwierdzeniu istnienia wad i usterek w wykonanych pracach, wzywając jednocześnie do ich usunięcia w terminie do dnia 29 września 2014 r., pod rygorem ich zastępczego usunięcia na koszt powoda oraz naliczenia kary umownej za opóźnienie. Pismo to zostało odebrane przez powodową spółkę w dniu 26 września 2014 r.

Ponieważ powód nie przystąpił do usunięcia wad i usterek w wyznaczonym terminie oraz zgodnie z treścią udzielonej w ramach wykonanych robót Gwarancji Jakości, pozwani w dniu 08 października 2014 r. zlecieli ich zastępcze usunięcie firmie (...). W związku z zastępczym usunięciem usterek firma (...) wykonała usunięcie usterek związanych z ogrodzeniem drogi oraz montażem słupków w dwóch etapach w postaci: montażu brakującego słupka ogrodzenia, montażu 4 mb siatki ogrodzeniowej na drodze (...), wykonania zakończenia balustrady przy wiadukcie nr (...), poprawienia naciągu siatki na odcinku 19 mb pod WS8, wyrównania wysokości słupków ogrodzeniowych w ilości 42 na trasie (...). W ramach zastępczego usunięcia wad i usterek firma (...) obciążyła stronę pozwaną kosztami w kwocie 1.836,00 zł.

W dniu 22 grudnia 2014 r. wydane zostało Świadczenie Wykonania potwierdzające wykonanie zobowiązań ciążących na powodzie w ramach realizowanej umowy. W związku z wydaniem przez zamawiającego Świadczenia Wykonania, dnia 25 września 2015 r. powód pisemnie zwrócił się do pozwanego o zwrot kaucji gwarancyjnej potrąconej z faktur nr (...), stanowiącej równowartość 70% zatrzymanej kaucji w łącznej wysokości 112.166,00 zł. W odpowiedzi na to żądanie, pismem z dnia 03 grudnia 2015 r. pozwani wezwali powoda o zapłatę kwoty 366.836,00 zł w terminie 3 dni od dnia otrzymania pisma z tytułu wystawionej w dniu 03 grudnia 2015 r. noty obciążeniowej, obejmującej koszty zastępczego usunięcia wad i usterek - 1492,68 zł oraz naliczonych kar umownych za brak usunięcia wad i usterek w wyznaczonym terminie - 365.000,00 zł. Pismo to zostało doręczone i odebrane przez osobę wyznaczoną do kontaktów z powodem w dniu 11 grudnia 2015 r. W odpowiedzi na to wezwanie strona powodowa odmówiła jednak zapłaty żądanej kwoty.

W dniu 20 maja 2016 r. pozwany (...) S.A. oraz w dniu 23 maja 2016 r. pozwani złożyli oświadczenie o potrąceniu wierzytelności wzajemnej wobec powoda wynikającej z noty obciążeniowej nr (...) z dnia 03 grudnia 2015 r. w kwocie 366.836,00 zł - z wierzytelnością dochodzona pozewem w kwocie 112.166,00 zł. Powód odmówił zasadności zarzutu potrącenia.

W tak ustalonym stanie faktycznym sprawy, Sąd Okręgowy ocenił powództwo jako niezasadne w całości. Kwestią sporną pomiędzy stronami było to, czy w ramach udzielonej przez powoda rękojmi za wady, pozwany skutecznie obciążył powoda kosztami wykonania zastępczego usunięcia tych wad oraz naliczenia z tytułu opóźnienia w ich usunięciu kary umownej, co z kolei związane było z skutecznością złożonego przez stronę pozwaną oświadczenia o potrąceniu oraz podniesionego w związku z tym zarzutu potrącenia.

W odpowiedzi na pozew z dnia 26 maja 2016 r. pozwany (...) sp. z o.o. podniósł zarzut potrącenia w stosunku do dochodzonych przez powoda wierzytelności na łączną kwotę 366.836,00 zł, na którą zgodnie z przedstawioną notą obciążeniową składają się kwoty: 1.836,00 zł z tytułu kosztów zastępczego usunięcia usterek oraz 365.000,00 zł tytułem naliczonej kary umownej za okres od dnia 30 września 2014 r. do dnia 11 grudnia 2014 r. Pozwany (...) S.A. w dniu 20 maja 2016 r. złożył oświadczenie o potrąceniu, przesyłając je do powoda.

W ocenie Sądu Okręgowego złożone przez pozwanych oświadczenie o potrąceniu, a wraz z nim zarzut materialnoprawny potrącenia, były usprawiedliwione. Sąd Okręgowy nie podzielił przy tym stanowiska powoda co do tego, że pozwanemu nie przysługiwała wierzytelność z tytułu uprawnienia do obciążenia powoda kosztami zastępczego usunięcia usterek oraz z tytułu kary umownej.

Co do istnienia wierzytelności pozwanego wynikającej z kosztów zastępczego usunięcia usterek, Sąd Okręgowy wskazał że § 10 umowy uprawniał stronę pozwaną do tego, aby w przypadku odmowy ich usunięcia lub opóźnienia w usunięciu, zlecić wykonanie tych prac podmiotowi trzeciemu. Strona pozwana pisemnie informowała powoda o wykryciu wad oraz wskazywała termin oraz miejsce oględzin, podczas których strony zgodnie z § 10 pkt 2 umowy miałyby sporządzić protokół. Treść §10 pkt 2 umowy wskazuje, że w przypadku braku zgody stron co do istnienia wady,

bądź jej zakresu, decydujące jest stanowisko pozwanych. W dalszej części tego zapisu wskazano również, że także brak obecności powoda podczas oględzin nie stanowi przeszkody do tego, aby pozwany mógł wystąpić z wezwaniem do usunięcia usterek.

Sąd Okręgowy uznał, że pomimo braku w materiale dowodowym dokumentu pozwalającego stwierdzić, że powód o oględzinach był zawiadomiony (wezwanie z k. 167 nosi datę 26 kwietnia 2017 r.), to i tak okoliczność ta nie pozbawia pozwanego prawa do zażądania usunięcia usterek w ramach udzielonej przez powoda rękojmi za wady. Pozwany zwracał się z takim żądaniem do powoda, o czym powód dowiedział się w dniu 26 września 2014 r., co potwierdza „zpo” znajdujące się na k.109. Nieuzasadnione w tym zakresie zdaniem Sądu Okręgowego pozostawały twierdzenia powoda, że nie miało miejsca skuteczne zawezwanie do usunięcia usterek. Zgodnie z § 13 umowy, strony miały kierować do siebie pisemne zawiadomienia na adresy wskazane w załączniku nr 3 pkt II ust 24. Przedstawione na okoliczność skutecznego zawezwania powoda do usunięcia usterek dowody z dokumentów potwierdzają, że pisemne wezwanie zostało nadane na adres z umowy oraz odebrane przez osobę uprawnioną do kontaktu.

Zdaniem Sądu I instancji pozwany wykazał, że koszty zastępczego usunięcia usterek dotyczyły prac zleconych powodowi i objętych rękojmią. Na potwierdzenie istnienia kosztów zastępczego usunięcia usterek pozwany przedłożył dowody z dokumentów zlecających firmie zewnętrznej wykonanie prac związanych z ogrodzeniem oraz ustawieniem słupków. Co istotne, istnienie usterek w tym zakresie stwierdził GDDKiA, co potwierdzała treść pkt 3 pisma z k.105. Powyższe pozwalało Sądowi I instancji stwierdzić, że chodzi o wady w robotach wykonywanych przez powoda, gdyż zakres prac gdzie ujawniono usterki, pokrywa się z zakresem prac jakie powód miał wykonać w ramach zawartej z pozwany umowy.

Powód wykazywał, że usterki oraz koszty składające się na wierzytelność pozwanego przedstawioną do potrącenia obejmowały usunięcie usterek nasypu (za co strona powodowa nie odpowiadała), jednak stanowisko to pozostawało w sprzeczności z treścią pkt 3 pisma GDDKiA oraz treścią protokołów odbioru prac polegających na usunięciu usterek z dnia 16 października 2014 r. i dnia 11 grudnia 2014 r. jakie podmiot trzeci na zlecenie powoda wykonał (k.112-113). Zakres prac został wskazany w fakturach (k. 114-115). Z dokumentów wystawionych przez podmiot trzeci oraz protokołów odbioru nie wynika, aby przedmiotem wykonanych prac były roboty związane z nasypem.

Sąd Okręgowy jako nieuzasadnione ocenił stanowisko powoda co do tego, że pozwany nie umożliwił powodowi jako podwykonawcy usunięcia wad w rozsądnym terminie. Powód sam zaakceptował termin usunięcia wad w czasie 48 godzin od momentu powiadomienia, co wynika z § 10 pkt 5 umowy, w którym wskazano, że powód akceptuje oraz zna treść Gwarancji Jakości wystawionej na podstawie umowy pozwanego z zamawiającym (GDDKiA). Zgodnie z treścią tego dokumentu, czas przewidziany dla usunięcia wad nieistotnych (tj. takich jakie ujawniły się w wykonanych przez powoda pracach) wynosi 48 godzin od chwili powiadomienia. Ponieważ wezwanie do usunięcia usterek powód odebrał w dniu 26 września 2014 r., a termin do ich usunięcia został oznaczony na 29 września 2014 r., to termin 48 godzin do usunięcia wad został stronie powodowej zagwarantowany.

Sąd Okręgowy nie miał również wątpliwości co do tego, że zlecenie usunięcia usterek dotyczyło prac wykonywanych przez powoda oraz zgłoszone zostało zgodnie z postanowieniami wynikającymi z łączącej strony umowy. Powyższe sprawia, że pozwany skutecznie udowodnił fakt istnienia względem powoda wierzytelność z tego tytułu.

Niezasadne były - zdaniem Sądu Okręgowego - twierdzenia powoda co do braku istnienia wymagalnej wierzytelności z tytułu naliczonej przez pozwanego kary umownej, pozostające w sprzeczności z treścią łączącej strony umowy. § 9 pkt 7 umowy przyznawał pozwany prawo do naliczenia kar umownych za nieprawidłowości w wykonaniu umowy zgodnie z postanowieniami pkt II ust. 20 załącznika nr 3. Pozwany miał prawo naliczyć karę umowną w wysokości 5.000,00 zł za każdy dzień opóźnienia w usunięciu usterek. Dowody z dokumentów złożone przez pozwanego potwierdzają, że stan opóźnienia po stronie powoda w usunięciu wad i usterek powstał już w dniu 30 września 2014 r. Stan ten następnie trwał nieprzerwanie do dnia 11 grudnia 2014 r., kiedy to miało miejsce usunięcie przez podmiot trzeci w ramach wykonania zastępczego wad w pracach, które wykonywała strona powodowa. Oznacza to, że uprawnienie do naliczenia kar umownych obejmowało 73 dni, pomnożone przez kwotę 5.000,00 zł wynosi 365.000,00 złotych.

W ocenie Sądu I instancji nie było też podstaw ku temu, aby tak naliczoną karę umowną zmiarkować, z uwagi na jej rażące wygórowanie, o co wносиła strona powodowa. Norma dopuszczająca sądową redukcję kary umownej upoważnia sąd do wydania konstytutywnego orzeczenia kształtującego stosunek zobowiązaniowy stanowi wyjątek i musi znajdować wyraźną podstawę normatywną. Zdaniem Sądu I instancji wysokość naliczonej przez pozwanego kary umownej, mając na względzie okres opóźnienia w jakim powód pozostawał w ramach swojego zobowiązania do usunięcia wad i usterek sprawiał, że kara ta nie jest nadmierna.

Sąd I instancji ocenił, że powód nie miał racji wskazując na brak istnienia po stronie pozwanego wierzytelności podlegającej potrąceniu z uwagi na naruszenia międzynarodowych norm (...). Warunki kontraktowe (...), do których odwołuje się powód nie zastępują przepisów kodeksu cywilnego i prawa budowlanego. Ponadto z przedstawionych przez strony dokumentów, a w szczególności umowy z dnia 30 sierpnia 2013 r. nie wynikało, aby poszczególne postanowienia tej umowy odwoływały się do warunków kontraktowych (...), a jeżeli tak to do których i w jakim zakresie. Za brakiem skuteczności złożonego przez pełnomocnika pozwanych oświadczenia o potrąceniu nie przemawiało także to, że zgodnie z załączonymi do pisma stanowiącego odpowiedź na pozew, tylko pełnomocnictwo pozwanego (...) S.A. upoważniało do złożenia materialnoprawnego oświadczenia woli w tym zakresie, podczas gdy pełnomocnictwo drugiego z pozwanych takiego upoważnienia nie zawierało. W ocenie Sądu Okręgowego zarzut ten nie ma wpływu na skuteczność dokonanego potrącenia z uwagi na to, że przedstawiona do potrącenia wierzytelność przysługuje pozwany w ramach zawartego przez nich Konsorcjum. W ramach umowy Konsorcjum pozwani uregulowali pomiędzy sobą kwestie związane z tym, w jakim zakresie oraz w jakiej części każdy z nich partycypować będzie w kosztach oraz przysługujących Konsorcjum należnościach. Kwestia ta podlega wewnętrznym rozliczeniom między pozwany w ramach Konsorcjum. Ze wstępu umowy o roboty budowlane, w którym wskazane są strony tego stosunku umownego wynika, że Liderem Konsorcjum, a więc podmiotem upoważnionym do jego reprezentowania na zewnątrz pozostaje spółka (...) S.A. Oświadczenie o potrąceniu z k. 127 wskazuje, że zostało złożone przez oboje pozwanych, w których imieniu jako lider Konsorcjum działa spółka (...) S.A. Oświadczenie złożono stronie przeciwnej.

Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że zarzut potrącenia, jako zarzut o charakterze materialnoprawnym, mógł być złożony na etapie przedprocesowym, jak w niniejszej sprawie oraz pełnomocnik strony mógł zgłosić go w ramach prowadzonej obrony przed Sądem w toku procesu. Jego skuteczność jest uzależniona od tego, czy zgodnie z art. 61 k.c. dotarł do wiadomości drugiej strony wywołując materialny skutek. Jako skuteczne Sąd Okręgowy ocenił złożone przez pozwanych oświadczenie o potrąceniu wzajemnych wierzytelności wobec strony powodowej. Skutkiem tego było umorzenie wierzytelności o większej wartości do wartości wierzytelności niższej.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy na podstawie art. 498 § 1 i 2 k.c. oddalił powództwo o zapłatę kwoty 112.166,00 zł wskutek złożonego przez pozwanych oświadczenia o potrąceniu wzajemnych wierzytelności.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. oraz art. 83 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Z orzeczeniem tym nie zgodził się powód i w apelacji zaskarżył je w całości. Sądowi I instancji zarzucił naruszenie:

I. prawa materialnego, a to:

1. art. 499 k.c. poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu przez Sąd I instancji, że w przedmiotowym stanie faktycznym doszło do złożenia przez pozwanych skutecznego oświadczenia o potrąceniu, podczas gdy pozwani nie złożyli prawidłowego, a zatem skutecznego oświadczenia o potrąceniu z uwagi na to, że :

a) pozwani nie zindywidualizowali oraz nie skonkretyzowali wierzytelności objętej zarzutem potrącenia, a jedynie ogólnie wskazali wartość rzekomej wierzytelności na którą składało się wiele należności, których tytuły powstania były inne;

b) pozwani przy wierzytelności składającej się z wielu należności z odrębnym terminem wymagalności nie określili kolejności ich potrącania;

2. art. 499 k.c. w zw. z art. 91 k.p.c., art. 104 k.c. poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu przez Sąd I instancji, że w przedmiotowym stanie faktycznym oświadczenie o potrąceniu jest prawnie skutecznie, podczas gdy oświadczenia o potrąceniu zostały podpisane przez osoby nie posiadające umocowania w tym zakresie, zatem są nieważne;

3. art. 498 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu przez Sąd I instancji, że w przedmiotowym stanie faktycznym pozwane spółki mają wierzytelność w stosunku do powoda, w sytuacji gdy z okoliczności sprawy wynika, że pozwani nie mają wierzytelności gdyż:

a) brak jest podstaw, aby pozwani mogli naliczyć i obciążyć powoda karą umowną z uwagi na niewykonanie przez pozwanych umowy w zakresie procedury reklamacyjnej zgodnie z 10 pkt. 2 umowy, przejawiające się przede wszystkim niewyznaczeniem terminu oględzin co uniemożliwiło powodowi odniesienie się co do zgłaszanych usterek;

b) pozwani nie przesłali prawidłowego zawiadomienia zgodnie z załącznikiem nr 3 punkt II podpunkt 24 umowy, oraz nie przedstawili dowodu prawidłowego jego doręczenia;

c) pozwani nie sprecyzowali czy dochodzą roszczeń z tytułu rękojmi czy gwarancji;

d) powód w ogóle nie ponosił odpowiedzialności za zgłaszane usterek, gdyż wynikały one z wad nasypów co nie było związane z przedmiotem robót powoda, a brak oględzin uniemożliwił ustosunkowanie się do usterek;

4. art. 484 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu przez Sąd I instancji, że w przedmiotowym stanie faktycznym brak jest podstaw do miarkowania kary umownej, podczas gdy :

a) umowa została w całości wykonana, usterek były minimalne i koszt ich usunięcia wyniósł 1.492,68 zł;

b) pozwani nie ponieśli szkody;

c) a dodatkowo pozwani wydłużyli termin naliczania kary umownej poprzez zlecenie zastępczemu podwykonawcy prac w 2 zleceniach w znacznej rozpiętości czasowej (2 miesiące), przy czym z materiału dowodowego wynika, iż zlecenie z grudnia 2014 r. dotyczyło innych usterek z innego przeglądu budowy, o których powód nie był w ogóle zawiadomiony;

II. prawa procesowego mającego istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, a to:

1. art. 328 § 2 k.p.c.:

a) poprzez całkowite pominięcie w treści uzasadnienia wyroku oceny zeznań świadka T. S. w zakresie w jakim zeznawał o przeglądach budowy i zgłaszaniu wad przez zamawiającego (protokół rozprawy z dnia 22 czerwca 2017 czas 01:04:00-01:07:36). Świadek po okazaniu dokumentów szczegółowo wyjaśnił, że tylko pierwsze zlecenie dla firmy (...) dotyczyło zgłaszanej wady, o której mowa w piśmie z dnia 22 września 2014 r. Z zeznań świadka wprost wynika, że pozwani wystosowali wyłącznie zawiadomienie dotyczące usterek usuniętych w ramach zlecenia z dnia 08 października 2014 r. (odebranych protokołem z dnia 16.10.2014 r.), pozwani zaś nie dokonali zawiadomienia o usterekach, które zostały usunięte w ramach zlecenia z dnia 05 grudnia 2014 r. (k. 110-113);

b) poprzez niewyjaśnienie wszystkich okoliczności sprawy przejawiające się brakiem oceny Sądu I instancji w zakresie:

- dat wystawienia zleceń firmie (...) i zakresu naprawy i przyczyn, dla których pozwani zlecili prace w dwóch etapach oddalonych od siebie o 2 miesiące;

- rozbieżności w kwotach na notach obciążeniowych oraz podpisach na pismach z dnia 20 maja 2016 r.;

2. art. 233 § 1 k.p.c. mające wpływ na treść zaskarżonego wyroku, polegające na niedopełnieniu przez Sąd I instancji obowiązku pełnego, rzetelnego i wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności pominięciu przy ocenie tego materiału istotnych okoliczności faktycznych wskazanych w toku postępowania przez stronę powodową, a przejawiające się w :

a) błędnym stwierdzeniu Sądu I Instancji, że nie doszło do naruszenia procedury wynikającej z § 10 pkt 2 umowy, co wynikało z oparcia się przez Sąd na wezwaniu z dnia 26 kwietnia 2017 r., które dotyczyło innych usterek, niż tych będących przedmiotem tego procesu tj. wad które wystąpiły 3 lata później;

b) ustaleniu wbrew treści dokumentu gwarancji jakości, dotyczącej (...) drogi (...) S. -K. - S. - Al ( (...)) odcinek III, W. - W., długości 13,1 km", strona 4, że usunięcie wady winno nastąpić w czasie 48 godzin, w sytuacji gdy z dokumentu wynika, że w czasie 48 godz. ma nastąpić wyłącznie potwierdzenie przyjęcia zgłoszenia;

c) ustaleniu wbrew treści umowy (§ 10 ust 2) oraz wbrew treści pisma z dnia 22 września 2014 r., że

- powód został wezwany na oględziny;

- oparcie się przez Sąd I instancji na wezwaniu, wystawionym po 3 latach od okoliczności będących przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie, tj. z dnia 26 kwietnia 2017 - dotyczącym innej reklamacji;

- nieuwzględnienie przez Sąd I instancji, że dowód z pisma z dnia 26 kwietnia 2017 r. został złożony celem porównania i wykazania, że wezwanie z 22 września 2014 r. było zaadresowane niezgodnie z umową oraz nie był wyznaczony termin oględzin;

d) uznanie za wiarygodne dowodu z dokumentu w postaci not obciążeniowych, w sytuacji gdy zachodzą rozbieżności w kwotach na notach obciążeniowych, na co wskazywał pełnomocnik powoda na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2018 r.;

- uznanie zeznań świadka M. S. za niewiarygodne w zakresie nieotrzymania doręczenia, z zastrzeżeniem że świadek mógł mieć nie przekazane pismo, a jednocześnie nie uwzględniając okoliczności, że w umowie wyraźnie zostało wskazane w jaki sposób adresować korespondencję dotyczącą wykonania umowy;

e) uznanie, że do umowy łączącej strony nie mają zastosowania normy (...), w sytuacji gdy w załączniku nr 3 ust. 3 lit d wprost zostało wskazane, że warunki (...) stanowią część składową umowy;

f) ustalenie, że brak należytego umocowania do dokonania potrącenia w imieniu (...) sp. z o.o. nie wpływa na skuteczność oświadczenia gdyż strony działały w Konsorcjum, w sytuacji kiedy do akt nie została złożona umowa konsorcjum, zatem nie są znane stosunki między pozwanymi, oraz w związku z tym całkowicie bezpodstawne ustalenie, iż lider konsorcjum był umocowany do składania oświadczeń w imieniu konsorcjum - str. 11 uzasadnienia;

III. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wydanego wyroku, który miał wpływ na treść tego orzeczenia polegający na:

a) stwierdzeniu, że nieobecność powoda w terminie i miejscu oględzin, nie stanowiła przeszkody w samodzielnym stwierdzeniu wad przez wykonawcę, w sytuacji gdy z umowy wprost wynika, że przedstawiciel pozwanych mógł stwierdzić wadę wyłącznie w sytuacji gdy byłby wyznaczony termin oględzin, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca;

b) ustaleniu (na str. 6 uzasadnienie), że w dniu 20 maja 2016 r. pozwany D. oraz w dniu 23 maja 2016 r., obaj pozwani złożyli oświadczenie o potrąceniu oraz ustaleniu na str. 7 uzasadnienia wyroku, że w odpowiedzi na pozew pozwany (...) sp. z o.o. podniósł zarzut potrącenia, w sytuacji gdy oświadczenia były podpisane bez należytego umocowania.

Mając to na uwadze powód wniósł o zmianę zaskarżonego rozstrzygnięcia i uwzględnienie powództwa w całości wraz z zasądzeniem kosztów postępowania na jego rzecz.



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

Apelacja zasługiwała na uwzględnienie, co musiało skutkować zmianą zaskarżonego wyroku.

W niniejszej sprawie okolicznością bezsporną było, że strony wiązała umowa o podwykonawstwo przedmiotem której było wykonanie prac określonych w załączniku nr 1 do umowy, w ramach inwestycji realizowanej przez Konsorcjum na rzecz Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: GDDKiA) z dnia 28 grudnia 2011 r. o nr (...) polegających na wykonaniu ogrodzenia, ustawieniu ogrodzenia z siatki stalowej o wysokości 2,2 m, ogrodzenia z siatki stalowej o wysokości 2,4 m, wykonaniu bram w ogrodzeniu z siatki stalowej w ramach z kątownika, furtek w ogrodzeniu z siatki stalowej w ramach kątownika. Pozwani nie kwestionowali, że powód wystawił z tytułu powyższej umowy faktury VAT na łączną wysokość 1.404.251,27 zł brutto. Na podstawie § 5 umowy powód udzielił pozwany zabezpieczenia wykonania umowy oraz usunięcia wad i usterek w wysokości i na zasadach określonych w pkt III załącznika nr 3. Zgodnie zaś z treścią pkt III ust. 1 załącznika nr 3 do umowy, zabezpieczenie wykonania wynosiło 10% wartości umowy brutto z każdej kolejnej płatności przysługującej powodowi od pozwanych. Pozwani nie podważali, że z tego tytułu zatrzymali wynagrodzenie powoda w kwocie 160.237,14 zł.

Warunki zapłaty na rzecz powoda pozostałej części wynagrodzenia określał ustęp 3 pkt III załącznika nr 3 do umowy, zgodnie z którym zabezpieczenie wykonania umowy miało zostać powodowi zwrócone w terminie 30 dni, od upływu 12 miesięcy od otrzymania przez pozwanych od zamawiającego Świadczenia Przyjęcia i po złożeniu przez powoda pisemnego wniosku o zwrot zajętej części wynagrodzenia, przy czym strony zastrzegły, że Konsorcjum pozostawi na zabezpieczenie roszczeń z tytułu wad i szkód 30% wartości zabezpieczenia wykonania. Termin płatności 70% zatrzymanej części wynagrodzenia, tj. kwoty objętej żądaniem pozwu przypadał na 22 stycznia 2015 r.

Wszystkie przytoczone wyżej okoliczności jednoznacznie wynikają z dowodów dołączonych do pozwu i nie były kwestionowane przez pozwanych.

Niemniej wobec powyższego pełnomocnik procesowy pozwanych w odpowiedzi na pozew złożył w imieniu pozwanych materialnoprawne oświadczenie o potrąceniu i podniósł procesowy zarzut potrącenia. W ocenie bowiem pełnomocnika pozwanych przysługuje im wobec powoda wierzytelność w kwocie 366.836 zł, a wynikająca z kar umownych naliczonych na podstawie § 9 pkt 5 umowy w zw. z pkt II ust. 20 załącznika nr 3 do umowy (kwota 365.000 zł), jak również kosztów zastępczego usunięcia usterek (1.836 zł). Pełnomocnik procesowy pozwanych oświadczył, że strona pozwana dokonuje potrącenia i podnosi zarzut potrącenia wierzytelności strony pozwanej w kwocie 366.836 zł z wierzytelnością dochodzoną przez powoda w kwocie 112.166 zł, wobec czego wierzytelność ta jest umorzona w całości. W tych okolicznościach Sąd Okręgowy oddalił powództwo, uznając że wierzytelność objęta pozwem została umorzona wobec złożonego w odpowiedzi na pozew oświadczenia o potrąceniu.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, z dwóch względów, z powyższym wnioskiem Sądu Okręgowego nie sposób się zgodzić. Po pierwsze bowiem ma rację powód, że oświadczenie o potrąceniu nie zostało skutecznie złożone z uwagi na brak umocowania podmiotów składających materialnoprawne oświadczenie o potrąceniu. Po drugie zaś, zdaniem Sądu Apelacyjnego, do umorzenia wierzytelności objętej żądaniem pozwu nie mogło dojść, albowiem wierzytelność pozwanych wobec powoda nie istnieje.

Przystępując do analizy powyższych okoliczności przede wszystkim należy wskazać, że warunkiem skutecznego powołania procesowego zarzutu potrącenia jest istnienie materialnoprawnej czynności prawnej na mocy, której do owego potrącenia dochodzi. Zgodnie bowiem z art. 499 k.c. potrącenie dokonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Oświadczenie to musi rzecz jasna być złożone przez podmiot umocowany do działania w imieniu podmiotu składającego oświadczenie. Ponadto osoba, której oświadczenie o potrąceniu jest składane musi być umocowana do jego odbioru w imieniu dłużnika – wierzyciela wzajemnego. W ocenie Sądu Apelacyjnego należy podzielić stanowisko apelującego, iż warunek ten w niniejszej sprawie nie został spełniony. Trzeba bowiem powtórnie przypomnieć, że materialnoprawne oświadczenie o potrąceniu zostało złożone przez pełnomocnika procesowego pozwanych tzn. radcę prawnego G. S.. Skoro zarzut ten dotyczył wierzytelności, która przysługiwała łącznie

pozwany, to pełnomocnik procesowy powinien dysponować pełnomocnictwem materialnoprawnym udzielonym przez pozwanych łącznie, choć nie konieczne w jednym dokumencie. Warunek ten jednak w niniejszej sprawie nie został spełniony. O ile pełnomocnictwo udzielone radcy prawnemu G. S. przez (...) S.A. jednoznacznie umocowywało również do składania materialnoprawnych oświadczeń o potrąceniu wierzytelności (k. 87), o tyle pełnomocnictwo udzielone przez (...) sp. z o.o. miało charakter wyłącznie procesowy i nie umocowało radcy prawnego G. S. do dokonywania jakichkolwiek czynności materialnoprawnych w imieniu (...) sp. z o.o. (k. 92). W tych okolicznościach nie można przyjąć, że oświadczenie materialnoprawne o potrąceniu zostało złożone przez podmiot umocowany do dokonywania tego typu czynności w imieniu obojga pozwanych. Błędne jest stanowisko Sądu Okręgowego uznające prawidłowe umocowanie rzekomego pełnomocnika materialnoprawnego pozwanych z uwagi na fakt, że (...) S.A. był liderem Konsorcjum. Należy powtórzyć za apelującym, że pozwali nie złożyli wniosku o dopuszczenie dowodu z umowy konsorcjum. Nie jest więc znana relacja zachodząca pomiędzy uczestnikami tego konkretnego Konsorcjum, a w szczególności nie jest udowodnione, że (...) S.A. był umocowany do działania w imieniu współkonsorcjanta – faktu tego nie można domniemywać. Ponadto należy przypomnieć, że (...) S.A. udzielił pełnomocnictwa materialnoprawnego radcy prawnemu G. S. wyłącznie we własnym imieniu. Brak jest więc podstaw do przyjęcia, że mógł on działać w imieniu (...) sp. z o.o. Jednocześnie oświadczenie materialnoprawne o potrąceniu jest jednostronną czynnością prawną. Zgodnie zaś z art. 104 k.c. jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. W takich zaś warunkach nie mogło dojść do umorzenia wierzytelności objętej żądaniem pozwu, co dowodzi nieprawidłowości zaskarżonego wyroku.

Ponadto trzeba dodać, że oświadczenie materialnoprawne o potrąceniu nie tylko ma być złożone przez należycie umocowany podmiot, ale do wywołania skutku o którym mowa w art. 498 § 2 k.c. konieczne jest jeszcze złożenie tego oświadczenia podmiotowi umocowanemu do odbierania tego typu oświadczeń w imieniu dłużnika – wierzyciela wzajemnego. W przedmiotowym przypadku oświadczenie to zostało złożone pełnomocnikowi procesowemu powoda. Pełnomocnictwo udzielone w niniejszej sprawie przez powoda adwokatowi H. P. nie umocowało ją do odbierania w imieniu powoda oświadczenia materialnoprawnego o potrąceniu (k. 7). Powyższe zaś oznacza, że oświadczenie to nie tylko zostało złożone przez rzekomego pełnomocnika materialnoprawnego pozwanych, ale w dodatku zostało ono przesłane podmiotowi, który nie był uprawniony do jego odebrania w imieniu powoda. Ta okoliczność w ocenie Sądu Apelacyjnego samodzielnie dowodzi bezskuteczności tego oświadczenia, a jednocześnie oznacza nieprawidłowość wydanego przez Sąd Okręgowy wyroku.

Należy jeszcze dodać, że zarówno adwokat H. P., jak i radca prawny G. S. byli w niniejszej sprawie pełnomocnikami procesowymi odpowiednio powoda, jak i pozwanych. Niemniej zdaniem Sądu Apelacyjnego sama ta okoliczność nie pozwala na stwierdzenie, że są oni umocowani do dokonywania czynności materialnoprawnych w imieniu zastępowanych stron. Zakres bowiem pełnomocnictwa procesowego określa art. 91 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem pełnomocnictwo procesowe obejmuje z samego prawa umocowanie do: 1) wszystkich łączących się ze sprawą czynności procesowych, nie wyłączając powództwa wzajemnego, skargi o wznowienie postępowania i postępowania wywołanego ich wniesieniem, jako też wniesieniem interwencji głównej przeciwko mocodawcy; 2) wszelkich czynności dotyczących zabezpieczenia i egzekucji; 3) udzielenia dalszego pełnomocnictwa procesowego adwokatowi lub radcy prawnemu; 4) zawarcia ugody, zrzeczenia się roszczenia albo uznania powództwa, jeżeli czynności te nie zostały wyłączone w danym pełnomocnictwie; 5) odbioru kosztów procesu od strony przeciwnej. Z powyższego przepisu nie można jednak wyprowadzić wniosku o posiadaniu przez pełnomocnika procesowego strony pozwanej umocowania do składania w imieniu tej strony materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu, zaś przez pełnomocnika strony powodowej umocowania do odbierania w imieniu zastępowanej strony tego oświadczenia. Aczkolwiek nie można wykluczyć rozszerzenia kodeksowego umocowania pełnomocnika procesowego poprzez upoważnienie do dokonywania czynności materialnoprawnych, niemniej przypadek ten w niniejszej sprawie nie zachodzi. Trzeba dodać, że powyższy pogląd Sądu Apelacyjnego jest aprobowany w doktrynie (tak: J. Gudowski, w: T. Ereciński (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze. Tom I, Warszawa 2012, s. 471; M. Manowska, w: M. Manowska (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Warszawa 2013, s. 188). Analogiczne stanowisko jest również wyrażane w orzecznictwie (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2004 r., I CK 204/04, OSNC 2005, nr 10, poz. 176; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2007 r.,

V CSK 171/07, niepubl. oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 sierpnia 2010 r., I PK 56/10, OSNP 2011, nr 23–24, poz. 295; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12, niepubl. i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2016 r., II CSK 862/14, niepubl.; por. także uzasadnienie uchwały SN z dnia 11 września 1997 r., III CZP 39/97, OSNC 1997, nr 12, poz. 191). Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 28 kwietnia 2017 r. I ACa 1716/16, niepubl. przyjął, że pełnomocnictwa procesowe nie uprawniają pełnomocników do ingerencji w materialnoprawne stosunki mocodawcy. Podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie wyroku z dnia 24 lipca 2014 r. I ACa 150/14, niepubl. uznał, że jakkolwiek oświadczenie o potrąceniu może być zarówno złożone, jak i odebrane także przez pełnomocnika, to jednak nie stanowi w tym zakresie wystarczającego umocowania pełnomocnictwo procesowe, bowiem zakres umocowania określony w art. 91 k.p.c. nie uprawnia pełnomocnika procesowego z mocy ustawy do złożenia materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu, ani do odbierania takich oświadczeń. Faktem jest jednak, że czasem wskazuje się, że dyrektywa celowego działania mocodawcy w kierunku wygrania procesu pozwala przyjąć, iż zakresem umocowania strona objęła także złożenie w jej imieniu określonego oświadczenia woli, jeśli jest to niezbędne w ramach obrony jej praw w procesie. Nie dotyczy to jednak uprawnienia pełnomocnika procesowego powoda do przyjmowania w imieniu mocodawcy materialnoprawnych oświadczeń kształtujących. W tym przypadku wykładnia celowościowa ustawowego zakresu pełnomocnictwa procesowego sprzeciwia się przypisaniu rozszerzonych uprawnień, w tym do odebrania oświadczenia o potrąceniu (tak: M. Manowska, w: M. Manowska (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Warszawa 2013, s. 189, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2007 r., V CSK 171/07, niepubl.).

W świetle powyższej przytoczonych poglądów doktryny i orzecznictwa nie może być wątpliwości, że w sprawie nie doszło do skutecznego potrącenia wierzytelności objętej żądaniem pozwu. Trzeba jedynie dodać, że pełnomocnik pozwanych skutek ten w toku całego postępowania wiązał właśnie ze swoim oświadczeniem złożonym w odpowiedzi na pozew. Niemniej z przytoczonych względów nie można uznać jego skuteczności. Powód do pisma z dnia 16 czerwca 2016 r. załączył inne oświadczenie o potrąceniu, a datowane na dzień 20 maja 2016 r. Niemniej pozwani w toku postępowania z oświadczenia tego nie wywodzili jakichkolwiek skutków prawnych. Brak jednocześnie było podstaw do przyjęcia, że na skutek tego oświadczenia mogło dojść do umorzenia wierzytelności objętej żądaniem pozwu. Powód podważył skuteczność tego oświadczenia, a pozwani w toku postępowania nie tylko na owe potrącenie pozaprocessowe się nie powoływali, ale ponadto nie udowodnili, że osoba która oświadczenie to podpisała tzn. A. L. miała umocowanie do działania w imieniu pozwanych spółek. Brak więc było podstaw do przyjęcia, że oświadczenie pozaprocessowe mogło doprowadzić do umorzenia wierzytelności objętej pozwem. Skoro jednocześnie powód wykazał żądanie pozwu, które w zakresie kwoty i zasady nie było kwestionowane przez pozwanych, to na mocy art. 386 § 1 k.p.c. zaskarżony wyrok należało zmienić poprzez uwzględnienie powództwa w całości.

Niezależnie od powyższego należy podzielić stanowisko apelującego, że zarzut potrącenia nie mógł doprowadzić do umorzenia wierzytelności objętej żądaniem pozwu, albowiem wierzytelność przedstawiona przez pełnomocnika pozwanych do potrącenia nie istniała. Zdaniem Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy dokonał w tym zakresie błędnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego i nietrafnie przyjął, że pozwani udowodnili istnienie wierzytelności przedstawionej do potrącenia. Należy jedynie przypomnieć, że na wierzytelność tę składały się kary umowne naliczone przez pozwanych z tytułu rzekomego niedotrzymania przez powoda terminu usunięcia wad jego prac, jak również związane z tym koszty robót zastępczych. Niemniej w ocenie Sądu Apelacyjnego ma rację apelujący, iż zebrany w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia, że powód dopuścił się choćby opóźnienia w usunięciu wad swoich prac, co w konsekwencji oznacza brak upoważnienia pozwanych do usunięcia tych wad z udziałem podmiotu trzeciego na koszt powoda. Ma rację apelujący, że strony w sposób niezwykle precyzyjny określiły procedurę usuwania stwierdzonych wad, jak również możliwość dokonania tych czynności na koszt powoda. W tym kontekście trzeba przede wszystkim przywołać § 10 pkt 2 umowy. Pozwani co prawda nie skonkretyzowali, czy realizują uprawnienia z tytułu gwarancji, czy rękojmi niemniej § 10 pkt 2 umowy ma zastosowanie do obu tych sytuacji, albowiem został umieszczony w § 10 pt. „Gwarancja i rękojmia”, a z jego treści nie wynika, że strony ograniczyły jego zastosowanie do któregokolwiek z reżimów. Ponadto postanowienie to zostało wskazane przez pozwanych jako podstawa prawna wezwania z dnia 22 września 2014r. Zgodnie z § 10 pkt 2 umowy w przypadku wykrycia wady wykonawca zawiadomi o fackie tym podwykonawcę, wyznaczając jednocześnie termin i miejsce oględzin. Istnienie wady stwierdzone miało być w ramach protokołu z oględzin, przy czym w przypadku braku zgody stron co do tego czy wada istnieje oraz jej

zakresu decydować miało zdanie pozwanych jako wykonawcy. Nieobecność powoda w terminie i miejscu oględzin, nie stanowiła przeszkody w samodzielnym stwierdzeniu istnienia wady przez wykonawcę. W przypadku stwierdzenia istnienia wad Konsorcjum uprawnione było do żądania ich usunięcia, wyznaczając jednocześnie stronie powodowej termin do ich usunięcia z zastrzeżeniem, że w przypadku nieusunięcia wykrytych wad w terminie, lub też odmowy ich usunięcia stronie pozwanej będzie przysługiwało uprawnienie do ich usunięcia na koszt powoda. Analizując zebrany materiał dowodowy w powyższym kontekście przede wszystkim należy zaznaczyć, że brak jest w niniejszej sprawie dowodu zawiadomienia powoda o wadach, które miały być podstawą naliczenia kary umownej. Pozwani twierdzili, że zawiadomienie takie miało nastąpić w piśmie z dnia 22 września 2014 r. (k. 104). Z powyższą tezą nie sposób jednak się zgodzić. W piśmie tym nie skonkretyzowano jakichkolwiek wad. Wskazano jedynie, że w dniu 14 sierpnia 2014 r. został sporządzony protokół potwierdzający istnienie wad, niemniej wad tych nie podano. Faktem jest natomiast, że do powyższego pisma załączono pismo (...) – O (...) (...), ale w ocenie Sądu Apelacyjnego również z tego dokumentu rzekome wady prac powoda nie wynikają. W toku postępowania dowodowego Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że do powoda mógł odnosić się jedynie punkt 3 powyższego pisma w którym wskazano „Poprawa (przeгляд) ogrodzenia trasy (...) (szczególnie osadzenia słupków) na odcinku (...) do sprawdzenia i usunięcia usterek – załącznik nr 2 do pisma” (k. 105). Trudno jednak z powyższego sformułowania wyprowadzić wnioski, że powód został zawiadomiony o istnieniu jakichkolwiek wad. W powyższym piśmie GDDKiA zwrócono jedynie uwagę na konieczność dokonania bliżej nieokreślonego przeglądu, ale nie podano jakichkolwiek wad, a tym bardziej na czym owe wady związane z osadzeniem słupków miały polegać. W piśmie tym wskazano, że podniesione w nim kwestie są „do sprawdzenia”. Istnienie i rodzaj wad nie może być również ustalone na podstawie jednego zdjęcia znajdującego się w załączniku nr 2 do powyższego pisma. Zdjęcie to zostało zatytułowane „Poprawa mocowania (w tym wysokości) słupków ogrodzenia drogi ekspresowej (...)” (k. 108). Trudno w ogóle zdaniem Sądu Apelacyjnego uznać, że na zdjęciu tym wskazano jakiegokolwiek wady prac powoda. Powyższe oznacza w ocenie Sądu Apelacyjnego, że nie doszło do zawiadomienia powoda o istnieniu wad, a wobec tego brak było podstaw do kwalifikowania jego ewentualnej bierności jako zwłoki w usunięciu wad, co już w ocenie Sądu Apelacyjnego dowodzi, że nie było podstaw do naliczenia kary umownej, jak również zlecenia wykonawstwa zastępczego. Niemniej należy podzielić stanowisko Sądu Okręgowego, że pismo z dnia 22 września 2014 r. zostało powodowi skutecznie doręczone. Wniosek ten jednoznacznie wynika ze zwrotnego potwierdzenia odbioru. Wbrew stanowisku powoda z potwierdzenia tego wyraźnie wynika, że pismo to zostało doręczone powodowi w dniu 26 września 2014 r. Nie ma racji strona powodowa kwestionując skuteczność tego doręczenia. Data odbioru naniesiona na potwierdzeniu została uczyniona przez podmiot, który kwitował odbiór korespondencji (k. 109). Aczkolwiek firma powoda jako odbiorcy przesyłki nie została napisana przez osobę, która przesyłkę tę odebrała, niemniej powód pomija, że odrębnie na potwierdzeniu tym znajduje się podpis osoby odbierającej przesyłkę i data tego odbioru. W tym kontekście nie może być w rzeczywistości wątpliwości, że doręczenie to było prawidłowe. Okoliczność ta nie ma jednak znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albowiem w wezwaniu tym nie zawiadomiono powoda o stwierdzeniu konkretnych wad.

Nawet jednak w razie przyjęcia poglądu, iż pozwani zawiadomili powoda o istnieniu wad, to wraz z zawiadomieniem, pozwani powinni, zgodnie z § 10 pkt 2 umowy wyznaczyć termin i miejsce oględzin owych wad, albowiem istnienie wady stwierdzone miało być w ramach protokołu z oględzin. Treść natomiast pisma z dnia 22 września 2014 r. nie zawiera jakiegokolwiek wezwania do oględzin rzekomych wad, a już tym bardziej nie wyznacza terminu takich oględzin. Powyższe zdaniem Sądu Apelacyjnego pozwala przyjąć, iż pozwani po raz kolejny uchybili ustalonej procedurze usuwania wad, a w konsekwencji nie rozpoczął biegu termin do usunięcia tych wad. Sąd Okręgowy natomiast wbrew materiałowi dowodowemu stwierdza, że strona pozwana wyznaczyła termin i miejsce oględzin. Do takiego ustalenia faktycznego nie było jakichkolwiek podstaw. Sąd Okręgowy powołuje w tym zakresie pismo z k. 104, niemniej z treści tego pisma nie wynika wyznaczenie terminu i miejsca oględzin. Rozważania Sądu Okręgowego są zresztą w tej części wewnętrznie sprzeczne, albowiem następnie Sąd I instancji zaznaczył, że pomimo braku w materiale dowodowym dokumentu pozwalającego stwierdzić, że powód o oględzinach był zawiadomiony, to i tak okoliczność ta nie pozbawia pozwanych prawa żądania usunięcia usterek. Powyższego stanowiska Sądu Okręgowego nie sposób zaakceptować, albowiem jest ona wyraźnie rozbieżna z zebrany materiał dowodowy, co zresztą było podniesione przez powoda w apelacji. Trzeba jednocześnie dodać, że wobec ogólnego charakteru pisma z dnia 22 września 2014 r. wezwanie do oględzin i protokolarne stwierdzenie wad było szczególnie istotne, albowiem

pozwoliłoby na skonkretyzowanie ewentualnych usterek, jak również ustalenie, czy dotyczą one wykonywanego przez powoda ogrodzenia, czy też nasypu za którego jakoś powód nie odpowiadał. Brak takiego wezwania uniemożliwił powodowi zajęcie w tym zakresie stanowiska, tym bardziej, że pozwani wyznaczili termin na usunięcie usterek już na dzień 29 września 2014 r., a więc dwa dni po doręczeniu wezwania.

W ocenie Sądu Apelacyjnego wobec uchybienia przez pozwanych ustalonej przez nich z powodem procedurze zgłaszania wad i następnie ich stwierdzania, a ewentualnie powierzenia ich usunięcia osobom trzecim, brak było podstaw do kwalifikowania bierności powoda nawet w kategoriach opóźnienia – wobec naruszenia przez pozwanych ustalonej procedury dla powoda nie rozpoczął nawet biegu terminu na usunięcie wad. Trzeba jedynie dodać, że pozwani dobrze zdawali sobie sprawę z obowiązującej ich procedury usuwania wad. Świadczy o tym choćby dokument z dnia 26 kwietnia 2017 r. w którym wezwano powoda do wspólnego przeglądu innych usterek i wyznaczono jego termin oraz miejsce (k. 167). Skoro taka procedura nie została dochowana w kontekście wad będących podstawą naliczenia kary umownej, to nie sposób przyjąć, że w tym przypadku rozpoczął biec jakikolwiek termin na usunięcie usterek. Niezależnie od powyższego błędny jest wniosek Sądu Okręgowego jakoby powód miał obowiązek usunąć wady w terminie 48 godzin. Obowiązek taki nie wynika z jakiegokolwiek postanowienia umownego, czy „Gwarancji jakości”.

Powyższe okoliczności mają bezpośrednie znaczenie dla ustaleń w zakresie istnienia wierzytelności przedstawionej do potrącenia. Podstawą bowiem naliczenia kary umownej miał być § 20 załącznika nr 3 do umowy, zgodnie z którym za niedotrzymanie terminu usunięcia wad należy się kara umowna w wysokości 5000 zł za każdy dzień opóźnienia. Skoro pozwani naruszyli ustaloną przez nich z powodem procedurę realizacji roszczeń z tytułu wad, to nie można przyjąć, że zaktualizowała się wyżej określona przesłanka naliczenia kary umownej. W konsekwencji powód zasadnie twierdził, że przedstawiona do potrącenia wierzytelność w postaci kar umownych nie istnieje. Podobnie brak było podstaw do zlecenia usunięcia wad podmiotowi trzeciemu i obciążania tymi kosztami powoda. Procedura bowiem usunięcia wad na koszt wykonawcy również została zdefiniowana w § 10 pkt 2 umowy, zgodnie z którym w przypadku stwierdzenia istnienia wad Konsorcjum uprawnione było do żądania ich usunięcia, wyznaczając jednocześnie stronie powodowej termin do ich usunięcia z zastrzeżeniem, że w przypadku nieusunięcia wykrytych wad w terminie, lub też odmowy do ich usunięcia stronie pozwanej będzie przysługiwało uprawnienie do ich usunięcia na koszt powoda. To ostatnie uprawnienie było konsekwencją nieskuteczności procedury usuwania wad. Skoro zaś pozwani procedury tej nie dotrzyмали, nie zawiadamiając powoda o wadach, a następnie nie wyznaczając terminu i miejsca ich oględzin, to tym bardziej nie byli uprawnieni do przejścia do kolejnego etapu usuwania wad, który miał polegać na powierzeniu tej czynności podmiotowi trzeciemu. W świetle wcześniejszego zachowania pozwanych, § 10 pkt 2 umowy upoważnienia takiego pozwany nie dawał, a w konsekwencji brak jest podstaw do obciążenia obecnie powoda tymi kosztami. Już tylko na marginesie powyższych rozważań należy zaznaczyć, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż prace wykonane przez podmiot trzeci i stwierdzone protokołami odbioru z dnia 16 października 2014 r. (k. 112) i 11 grudnia 2014 r. (k. 113) dotyczą usterek objętych wezwaniem z dnia 22 września 2014 r. W protokole z dnia 16 października 2014 r. wskazuje się na wykonanie montażu brakującego słupka ogrodzenia oraz montażu 4 mb siatki na drodze ekspresowej (...) przy (...), zaś w protokole z dnia 11 grudnia 2014 r. wskazano wykonanie: zakończenia balustrady przy wiadukcie nr (...), poprawienia naciągu siatki na odcinku 19 mb. pod WS8, wyrównania wysokości słupków ogrodzeniowych w ilości 42 sztuk od (...) do (...) trasy (...). Niemniej brak jest podstaw do przyjęcia, że powyższe usterki zostały objęte pismem skierowanym do powoda w dniu 22 września 2014 r., a nawet pismem (...) – O (...) (...) z 14 sierpnia 2014 r. Kwestia ta jest tym bardziej istotna, że przesłuchany w sprawie świadek T. S. nie potrafił w żaden sposób wyjaśnić znacznego przedziału czasu dzielącego oba wyżej opisane protokoły odbioru. Ostatecznie świadek zeznał, że mogły być dodatkowe usterki i dlatego było dwukrotne wejście podmiotu trzeciego. Ponadto wskazał, że po przeglądzie sierpniowym, stwierdzonym pismem GDDKiA z 14 sierpnia 2014r. pewnie był drugi przegląd i powyższe protokoły odbioru, a zwłaszcza grudniowy, mogły dotyczyć całkiem innych wad niż te, zdaniem świadka opisane, w piśmie z dnia 22 września 2014 r. (zeznania świadka T. S., protokół elektroniczny 01;04:00-01:07:40). Ta okoliczność w ocenie Sądu Apelacyjnego z jednej strony dowodzi, że w piśmie z dnia 22 września 2014 r. nie było zgłoszonych konkretnych wad, skoro nawet osoba związana z inwestycją nie jest w stanie precyzyjnie podać, czy usterki usuwane w październiku i grudniu 2014 r. dotyczyły właśnie tego o czym mowa w piśmie GDDKiA z 14 sierpnia 2014 r. Z drugiej zaś strony powyższe zeznania nie pozwalają na przyjęcie, że prace stwierdzone protokołem z 11 grudnia 2014 r. dotyczyły usterek

opisanych w wezwaniu z 22 września 2014 r., co tym bardziej stoi w sprzeczności z ustaleniami Sądu Okręgowego jakoby do tej daty powód opóźniał się z usunięciem usterek w tym piśmie wskazanych.

Ostatecznie w ocenie Sądu Apelacyjnego nie można przyjąć, że powód opóźniał się z usunięciem wad, a to oznacza, że brak było podstaw do naliczania powodowi z tego tytułu kar umownych, jak również obciążania go kosztami prac wykonanych przez podmiot trzeci. Skoro zaś wierzytelność przedstawiona do potrącenia nie istnieje, to oświadczenie o potrąceniu nie mogło doprowadzić do umorzenia wierzytelności objętej żądaniem pozwu. Powyższe na zasadzie art. 386 § 1 k.p.c. musiało skutkować zmianą zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanych na rzecz powoda kwoty stanowiącej 70% zatrzymanej części wynagrodzenia, tzn. sumy 112.116 zł. O odsetkach od tej kwoty orzeczono na podstawie art. 481 § 1 k.c. Zgodnie z tym przepisem jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W myśl zaś art. 481 § 2 k.c. jeżeli stopa odsetek za opóźnienie nie była oznaczona, należą się odsetki ustawowe za opóźnienie w wysokości równej sumie stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego i 5,5 punktów procentowych. Jednakże gdy wierzytelność jest oprocentowana według stopy wyższej, wierzyciel może żądać odsetek za opóźnienie według tej wyższej stopy. Ponieważ, jak ustalono powyższej, termin płatności wierzytelności objętej żądaniem pozwu upływał z dniem 22 stycznia 2016 r., toteż zgodnie z żądaniem pozwu odsetki od należności głównej należało zasądzić od dnia 23 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty.

W tym miejscu należy jeszcze zwrócić uwagę, że pozwanymi w niniejszej sprawie były dwa podmioty, które zawarły z powodem umowę jako członkowie Konsorcjum i określały się w tej umowie jako „wykonawca”. Powód zaś żądał zasądzenia od nich wierzytelności objętej żądaniem pozwu z zastrzeżeniem, że zapłata przez jednego z pozwanych zwalnia drugiego z obowiązku zapłaty na rzecz powoda do wysokości dokonanej zapłaty. Pozwani w odpowiedzi na pozew wskazali, że brak jest pomiędzy nimi solidarności, a wobec tego taki sposób sformułowania żądania pozwu nie jest prawidłowy. Trzeba zaznaczyć, że Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Najwyższego wypowiedziane w wyroku z 23 września 2016 r. II CSK 27/16, niepubl. zgodnie z którym umowa konsorcjum nie została uregulowana w k.c. ani nie została kompleksowo ujęta w innym akcie normatywnym, a została ukształtowana przez praktykę, jako odpowiedź na zapotrzebowanie obrotu gospodarczego, na istnienie umowy o konkretnych właściwościach. Nie można stawiać znaku równości między spółką cywilną zawiązaną na podstawie art. 860 k.c., a konsorcjum. W ocenie Sądu Apelacyjnego również w niniejszej sprawie brak jest podstaw do przyjęcia, że Konsorcjum utworzone przez pozwane spółki miało charakter spółki cywilnej. Zgodnie zaś z art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. Niemniej okoliczność ta nie oznacza, że brak jest solidarnej odpowiedzialności pozwanych za zobowiązanie objęte żądaniem pozwu. W rozpatrywanej sprawie przedmiotem żądania pozwu była zapłata pozostałej części wynagrodzenia zatrzymana przez pozwanych na poczet ewentualnych wad. W ocenie Sądu Apelacyjnego należy przyjąć, że pozwane spółki za powyższe zobowiązanie odpowiadają solidarnie, a podstawą solidarności jest art. 370 k.c. zgodnie z którym jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej. Należy zaznaczyć, iż pojęcie mienia zostało zdefiniowane w art. 44 k.c. przez które rozumie się własność i inne prawa majątkowe. Trzeba zaś przypomnieć, że umowa zawarta z powodem była konsekwencją uzyskania przez pozwane spółki zamówienia publicznego w postępowaniu organizowanym przez GDDKiA. W ocenie Sądu Apelacyjnego w wyniku uzyskania przez pozwane spółki zamówienia publicznego i zawarcia przez nie umowy z zamawiającym, powstało po ich stronie wspólne mienie, w skład którego wchodzi przynajmniej prawa wynikające właśnie z umowy zawartej z zamawiającym. Jednocześnie umowa z powodem, jako podwykonawcą, została zawarta właśnie w celu realizacji zamówienia publicznego uzyskanego wcześniej przez pozwane spółki, a więc wynikające z niej zobowiązania pozwanych dotyczą ich wspólnego mienia. Strona pozwana musiała zresztą być świadoma istnienia owego wspólnego mienia, skoro pełnomocnik procesowy pozwanych podnosząc, ostatecznie nieskuteczny zarzut potrącenia, złożył go w pełnej kwocie co do obu spółek, wskazując tym samym, że w jego ocenie wierzytelność ta w pełnym zakresie przysługuje obu spółkom łącznie. W takim zaś przypadku należy przyjąć, że zawierając umowę z powodem pozwane spółki zaciągnęły zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia. Pośrednim dowodem tej tezy jest również fakt, że w umowie łączącej strony niniejszego procesu pozwane spółki zostały określone w liczbie pojedynczej jako „wykonawca”. Konsekwencją tego jest przyjęcie solidarnej odpowiedzialności

pozwanymi spółkami za zobowiązanie objęte żądaniem pozwu. Należy jedynie wskazać, że pogląd taki jest aprobowany w orzecznictwie. Przyjął go w szczególności Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 8 czerwca 2017 r. I ACa 1797/16, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych.

Uwzględniając powyższe, zmieniając zaskarżony wyrok Sąd Apelacyjny zasądził dochodzoną kwotę od obydwu pozwanymi spółkami w pełnej wysokości, z tym zastrzeżeniem, że zapłata przez jednego z pozwanymi zwalnia drugiego z obowiązku zapłaty na rzecz powoda do wysokości dokonanej zapłaty. Powyższe bowiem było zgodne z żądaniem pozwu, a jednocześnie stanowi opisowe określenie solidarności zobowiązania pozwanymi.

Konsekwencją zmiany merytorycznego rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego była również zmiana rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów procesu, której podstawą prawną był art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 105 § 2 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. Ponieważ ostatecznie powód w całości wygrał postępowanie przed Sądem I instancji, toteż należało zasądzić na jego rzecz zwrot pełnych kosztów procesu. Powód przedłożył w tym zakresie spis kosztów procesu domagając się zwrotu kwoty: 5.609 zł stanowiącej opłatę sądową od pozwu, 7200 zł stanowiącej koszty zastępstwa adwokackiego, 17 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, 1.099,08 zł tytułem kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę, 2.567,33 zł tytułem kosztów podróży świadka M. S. do Sądu Okręgowego w Warszawie – łącznie 16.492,41 zł. W ocenie Sądu Apelacyjnego powyższy wniosek w przeważającej mierze zasługiwał na uwzględnienie. W myśl art. 98 § 3 k.p.c. do niezbędnych kosztów procesu strony reprezentowanej przez adwokata zalicza się wynagrodzenie, jednak nie wyższe niż stawki opłat określone w odrębnych przepisach i wydatki jednego adwokata, koszty sądowe oraz koszty nakazanego przez sąd osobistego stawiennictwa strony. Powyższy przepis nie pozwala na zaliczenie do kosztów procesu należnych powodowi poniesionych przez niego wydatków związanych ze stawiennictwem świadka na rozprawie. Świadek bowiem w toku postępowania o zwrot kosztów stawiennictwa nie wnosił. Fakt zaś ewentualnego pozasądowego pokrycia przez powoda tych kosztów pozostaje bez znaczenia dla ustalenia niezbędnych kosztów procesu w rozumieniu art. 98 § 1 k.p.c. Ostatecznie więc Sąd Apelacyjny zasądził od pozwanymi solidarnie na rzecz powoda koszty procesu wynikające z przedłożonego wykazu, z pominięciem uwzględnionych tam kosztów podróży świadka, tj. kwotę 13.925,08 zł.

Jednocześnie ponieważ część kosztów sądowych w toku postępowania przed Sądem Okręgowym została pokryta tymczasowo ze Skarbu Państwa, toteż Sąd Apelacyjny na zasadzie art. 83 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych nakazał je pobrać solidarnie od pozwanymi.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 105 § 2 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. Ponieważ powód w całości wygrał postępowanie apelacyjne, toteż zasadnym było zasądzenie na jego rzecz solidarnie od pozwanymi kosztów poniesionych w tym postępowaniu. Na koszty te składa się opłata sądowa od apelacji w kwocie 5.609 zł oraz koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym w wysokości 4.050 zł. Wysokość kosztów zastępstwa procesowego została ustalona na podstawie § 10 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. 2015, poz. 1800 z późn. zm), według stanu prawnego obowiązującego na dzień wniesienia apelacji w niniejszej sprawie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji wyroku.