

Sygn. akt I ACa 472/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 września 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Agnieszka Sołtyka
Sędziowie:	SA Mirosława Gołuńska SO del. Tomasz Żelazowski (spr.)
Protokolant:	st. sekr. sądowy Beata Waclawik

po rozpoznaniu w dniu 5 września 2013 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa A. G.

przeciwko Gminie S.

przy udziale interwenienta ubocznego po stronie pozwanej Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M. w likwidacji

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 27 lutego 2013 r., sygn. akt VIII GC 264/11

***I. oddala apelację,***

***II. zasądza od powódki na rzecz pozwanej kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym,***

***III. zasądza od powódki na rzecz interwenienta ubocznego kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.***

**SSO del. T. Żelazowski SSA A. Sołtyka SSA M. Gołuńska**

Sygn. akt I ACa 472/13

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 10 sierpnia 2011 r. powódka A. G. wniosła o zasądzenie od pozwanej Gminy S. kwoty 299.508,75 zł z ustawowymi odsetkami od kwot: 290.936,80 zł od dnia 25 lutego 2010 r. do 10 marca 2010 r., 240.936,80 zł od dnia 11 marca 2010 r., 127.908,53 zł od dnia 25 marca 2010 r. do dnia 16 marca 2010 r., 50.000 zł od dnia 17 marca 2010 r. i 8.571,956 zł od dnia 30 marca 2010 r. W uzasadnieniu wskazała na łączącą ją z Przedsiębiorstwem Produkcyjno – Usługowo – Handlowym (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością umowę o roboty budowlane, której przedmiotem była przebudowa szkoły podstawowej w M.. W umowie tej ustalono wysokość wynagrodzenia na 6.300.000 zł, zaś termin wykonania na 31 lipca 2011r. Powódka wykonała prace należycie, lecz spółka (...) popadła w zwłokę w zapłacie wynagrodzenia. W związku z powyższym powódka poinformowała Urząd Gminy S. o zaniechaniu zapłaty należnego jej wynagrodzenia, po (...) spółka (...) odstąpiła od łączącej ją z powódką umowy. Pozwana Gmina S. wiedziała, że powódka jest podwykonawcą spółki (...). O fakcie wykonywania umowy przez powódkę wiedział wójt K. S. i znał treść łączącej powódkę ze spółką (...) umowy. Do dnia 4 lutego 2010 r. powódka wykonała prace o wartości 953.240,79 zł, a do 1 marca 2010 r. – na kwotę 1.058.083,85 zł. Na taką kwotę opiewają wystawione przez powódkę faktury, dla których podstawą sporządzenia były świadectwa, podpisane przez spółkę (...). Jako podstawę prawną powództwa powódka wskazała art. 647<sup>1</sup> § 5 k.p.c. Kwota dochodzona pozwem stanowi wynagrodzenie za wykonane w związku z realizacją umowy prace, stwierdzone fakturami o numerach: (...). Na poczet pierwszej z wymienionych faktur zaliczona została wpłata w wysokości 50.000 zł, natomiast drugiej – 77.908,53 zł, w związku z czym do zapłaty pozostało 299.508,75 zł.

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie na jej rzecz od powódki kosztów procesu. W uzasadnieniu wskazała, iż po przeprowadzeniu przetargu zawarła umowę ze spółką (...). Na jej mocy spółka (...) była uprawniona do wykonania przedmiotu umowy przy udziale podwykonawców tylko w odniesieniu do określonego zakresu robót, stanowiącego około 10%. W pozostałym zakresie spółka zobowiązała się wykonać prace własnymi siłami, tymczasem bez wiedzy i woli pozwanej zawarła z powódką umowę o roboty budowlane. W związku z tym wyłączona jest odpowiedzialność pozwanej na gruncie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.p.c. Pozwana podniosła, że inspektorzy nadzoru inwestorskiego nie podpisali faktur częściowych w rozliczeniach powódki i spółki (...). Przy tym spółka (...) odmówiła współpracy w wyjaśnieniu rzeczywistych przyczyn sporu z powódką, zatem to ona nadal pozostaje w zwłoce z zapłatą wynagrodzenia. Powódka nie była wykazanym podwykonawcą spółki (...) i ukrywała ten fakt, nie może zatem oczekiwać ochrony. Ponadto nie wykazała należyte zasadności żądania zapłaty określonych kwot i odsetek.

W piśmie z dnia 23 marca 2012r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w M. zgłosiła interwencję uboczną po stronie pozwanej Gminy S.. Wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powódki na jej rzecz kosztów procesu.

Wyrokiem z dnia 27 lutego 2013 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie oddalił powództwo, zasądził od powódki na rzecz pozwanej 7200 zł tytułem kosztów procesu oraz zasądził od powódki na rzecz interwenienta ubocznego kwotę 10.213 zł tytułem kosztów interwencji ubocznej. Sąd ustalił, że w wyniku zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania inwestycyjnego „Przebudowa i rozbudowa szkoły podstawowej wraz z dobudową sali gimnastycznej i zagospodarowaniem terenu w M.” w dniu 20 sierpnia 2009r. zawarta została pomiędzy pozwaną Gminą S. a Przedsiębiorstwem Produkcyjno – Handlowo – Usługowym (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w M. umowa o roboty budowlane. Zakres robót, objętych umową obejmował przebudowę i rozbudowę szkoły podstawowej z instalacjami: wodociągową, grzewczą, elektryczną, kanalizacji sanitarnej do zbiornika bezodpływowego wraz z dobudową sali gimnastycznej oraz przebudową zjazdu (§ 1 ust. 3). W § 5 umowy wskazano, że wykonawca może wykonywać przedmiot umowy przy udziale podwykonawców, zawierając z nimi stosowne umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności (ust.1). Zawarcie umowy z podwykonawcą wymagało pisemnej zgody zamawiającego (pозwanej) przed jej zawarciem. Tym samym wykonawca był zobowiązany przedstawić zamawiającemu umowy z podwykonawcami do akceptacji. W ust. 6 wskazano, iż wykonawca zrealizuje przy pomocy podwykonawców następujący zakres robót: nawierzchnia sportowa sali gimnastycznej, montaż konstrukcji stalowej z pokryciem, konstrukcja drewniana z pokryciem dachówką, instalacja telewizyjna, instalacja oddymiania, instalacja wentylacji. Pozostały zakres robót wykonawca wykonać miał własnymi

siłami. W ust. 7 wskazano, że wykonawca zobowiązany jest na żądanie pozwanej udzielić wszelkich informacji dotyczących podwykonawców. W myśl natomiast ust. 8 podzlecenie robót przez wykonawcę w zakresie innym niż wymieniony w ust. 6 w trakcie realizacji przedmiotu umowy mogło nastąpić za zgodą pozwanej i o ile nie zmieni to Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Termin wykonania robót ustalono do dnia 29 lipca 2011 r. (§ 6 ust.1), zaś wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie umowy na 7.226.134,90 zł (§ 7 ust.1). Na mocy aneksu nr (...) z dnia 11 lutego 2011 r. wysokość wynagrodzenia określono na 7.244.980,17 zł. Aneksem nr (...) z dnia 29 lipca 2011 r. termin wykonania przedmiotu umowy został przesunięty do 14 września 2011 r.

Powódka zwróciła się do spółki (...) z ofertą realizacji inwestycji w M. jako podwykonawca spółki. Pismem z dnia 21 sierpnia 2009 r. spółka (...) zwróciła się do pozwanej z prośbą o wyrażenie zgody na zatrudnienie podwykonawcy części robót, obejmujących stan surowy otwarty dobudowy szkoły i sali gimnastycznej. Jako podmiot, któremu zamierzano powierzyć realizację robót, wskazano powódkę. Wójt odmówił wyrażenia zgody. W kolejnym piśmie – z dnia 1 września 2009 r. spółka wniosła o wycofanie wniosku z dnia 21 sierpnia 2009 r. Pomimo odmowy zatrudnienia powódki spółka (...) zamierzała zawrzeć z nią umowę o podwykonawstwo. Ustalono wówczas z powódką, że w kontaktach z pozwaną i osobami trzecimi powódka występować będzie i przedstawiać się jako reprezentant spółki (...). Spółka (...) nie zwracała się ponownie do pozwanej o wyrażenie zgody na zatrudnienie podwykonawcy.

W dniu 26 sierpnia 2009r. pomiędzy powódką a Przedsiębiorstwem Produkcyjno – Usługowo – Handlowym (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w M. zawarta została umowa o roboty budowlane, na mocy której powódka przejęła do wykonania przedmiot umowy pod nazwą „Przebudowa i rozbudowa szkoły podstawowej wraz z dobudową sali gimnastycznej i zagospodarowaniem terenu w M.”. W treści umowy wskazano, że zostaje ona zawarta w rezultacie wygrania przetargu przez spółkę (...) (wykonawcę) w wyniku zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego dla wskazanego zadania inwestycyjnego. Zakres robót obejmował przebudowę i rozbudowę szkoły podstawowej z instalacjami: wodociągową, grzewczą, elektryczną, kanalizacji sanitarnej do zbiornika bezodpływowego wraz z dobudową sali gimnastycznej oraz przebudową zjazdu (§1 ust. 3). Termin wykonania przedmiotu umowy ustalono na 31 lipca 2011 r. Za podstawę wykonania przedmiotu umowy w terminie uznano potwierdzony przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego wpis kierownika budowy, zaświadczący o realizacji przedmiotu umowy (§ 5 ust. 1 i 2). Za wykonanie przedmiotu umowy strony umowy ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe na poziomie 6.300.000 zł (§ 6 ust.1). Podstawę zapłaty stanowić miały faktury przejściowe, wystawiane przez podwykonawcę (powódkę) wobec wykonawcy (spółki (...)) nie częściej niż w raz miesiącu, i faktura końcowa, przy czym wartość faktury końcowej nie mogła być niższa niż 10% wartości przedmiotu umowy. Termin płatności faktur przejściowych wynosił 14 dni, licząc od przyjęcia faktury przez wykonawcę. Podstawę do wystawienia takiej faktury miał być zatwierdzony przez inspektora nadzoru inwestorskiego protokół odbioru częściowego robót. Natomiast termin płatności faktury końcowej wynosił 21 dni roboczych od przekazania faktury wykonawcy. Faktura końcowa miała zostać wystawiona przez podwykonawcę po zakończeniu realizacji przedmiotu umowy i odbiorze końcowym robót, zaś podstawę do jej wystawienia stanowić miał protokół odbioru końcowego robót bez wad i usterek (§7). Do umowy został dołączony harmonogram prac, tożsamy jak przy umowie zawartej pomiędzy pozwaną a spółką (...). Zakres prac był jednak nieco węższy od występującego w pierwotnym harmonogramie o około 10%. Według § 10 umowy powódka zobowiązała się przedstawić polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody na mieniu lub na osobie powstałe w związku z realizacją prac określonych w umowie, szkody powstałe z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, przy sumie gwarancyjnej nie mniejszej niż 500.000 zł na jedno i wszystkie zdarzenia (ust. 1). Obowiązek zawarcia ubezpieczenia uważany miał być za spełniony we przypadku, gdy podwykonawca nie później niż w dniu przejęcia placu budowy przekaże wykonawcy polisę obejmującą odpowiedzialność cywilną wraz z pełną treścią wszystkich mających zastosowanie warunków ubezpieczenia i dowodem opłaty składki (ust. 2). W razie braku realizacji obowiązku z ust. 1 i 2 wykonawcy przysługiwało prawo odstąpienia od umowy i naliczenia kary umownej zgodnie z § 11 ust. 1 pkt. 3. Ostatni z powołanych przepisów wskazywał, że podwykonawca zapłaci wykonawcy kary umowne za odstąpienie od umowy przez wykonawcę z przyczyn leżących po stronie podwykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia umowy brutto. Za formę protokołu odbioru częściowego spółka (...) uznawała faktycznie tzw. „świadectwa płatności”. Plac budowy oraz dokumenty dotyczące zadania zostały przekazane powódcie w dniu 26 sierpnia 2009 r. W przekazaniu uczestniczył przedstawiciel spółki (...). Na mocy umowy z dnia 20 sierpnia

2009 r. pełnienie nadzoru inwestorskiego zostało powierzone Przedsiębiorstwu Usług (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w G.. Inspektorami nadzoru inwestorskiego byli: w odniesieniu do robót konstrukcyjno – budowlanych K. M. (1), robót sanitarnych – Z. R., robót elektrycznych – A. T. (1). Funkcję kierownika budowy pełnił początkowo R. N., następnie K. K. – pracownik spółki (...), w ostatnim etapie realizacji prac – Ł. B.. Osoby te dokonywały wpisów w dzienniku budowy. Kierownikiem robót z ramienia powódki był Z. B..

Inspektorzy nadzoru inwestorskiego byli obecni na terenie budowy w zależności od potrzeb średnio dwa razy w tygodniu. W ramach swoich obowiązków kontaktowali się z kierownikiem budowy. Protokoły odbiorów robót były przedstawiane do podpisu przez przedstawicieli spółki (...) i podpisywane przez inspektorów nadzoru. Powódka usiłowała doprowadzić do podpisania przez inspektora nadzoru protokołu odbioru robót przez nią wykonanych, zgodnie z zapisami umowy łączącej ją z (...) spółką z o.o. Kiedy zwróciła się z tym do K. M. (1) - inspektora nadzoru robót budowlanych – konstrukcyjnych ta odmówiła złożenia podpisu, wskazując, iż stroną umowy jest dla niej spółka (...). Protokoły - świadectwa płatności były podpisywane przez M. K.; w czynnościach odbioru uczestniczył faktycznie także Z. B.. Protokoły przekazywane były następnie pozwanej.

Podczas realizacji inwestycji odbywały się spotkania inspektorów nadzoru z przedstawicielami powódki. W spotkaniach brał udział m.in. zatrudniony u powódki R. C. (1), M. B. lub Z. T. - reprezentujący spółkę (...), K. K., powódka lub jej mąż L. G.. Przedstawiciele powódki przedstawiani byli jako pracownicy spółki (...). W tej sprawie istniało porozumienie z powódką, motywowane chęcią kontynuacji robót przez powódkę. Spotkania odbywały się w biurze powódki. Zawsze uczestniczył w nich kierownik budowy spółki (...). Sporadycznie na budowie pojawił się wójt pozwanej – K. S.. O realizacji inwestycji L. G. i Z. B. rozmawiali również z M. D., który wykonywał dokumentację fotograficzną dla gminy. M. D. pojawiał się w M. średnio raz w miesiącu. Podczas spotkań koordynacyjnych pozwana nie została poinformowana o zawarciu umowy pomiędzy spółką (...) a powódką, nie zostały jej przedstawione informacje dotyczące szczegółowego zakresu prac czy wysokości wynagrodzenia. Powódka miała świadomość, że oficjalnie nie została zgłoszona jako podwykonawca robót. W trakcie realizacji robót kierownik budowy z ramienia spółki (...) składał oświadczenia miesięcznie, w którym zawarty był opis zrealizowanych w konkretnym okresie robót budowlanych. Takie oświadczenia – za okres od 28 września 2009r. – 4 lutego 2010r. oraz 28 września 2009r. – 1 marca 2010r. zostały podpisane przez K. K. oraz Z. B..

W dniu 10 lutego 2010r. powódka wystawiła spółce (...) fakturę VAT nr (...) na kwotę 290.936,80 zł. Jako termin zapłaty wskazano 24 lutego 2010r. Faktura została doręczona następnego dnia. Spółka (...) odesłała fakturę bez realizacji i wezwała do ponownego wypełnienia oświadczenia dotyczącego realizacji robót, tak aby wskazane pozycje odpowiadały elementom harmonogramu. W odpowiedzi powódka odmówiła wypełnienia dodatkowych świadectw płatności podnosząc, iż wymagane dane nie są adekwatne do wartości konkretnych elementów, ustaleń stron i umowy. Uznała, że wymaganie dostosowania pozycji faktury do wartości z harmonogramu nie znajduje uzasadnienia.

W lutym 2010 r. zaczęły docierać do pozwanej informacje, iż roboty budowlane w M. są wykonywane przez podwykonawcę. Powódka zlecała bowiem część prac dalszym podwykonawcom – mieszkańcom wsi, którzy poskarżyli się wójtowi podczas zebrania wiejskiego w M., że nie otrzymali od powódki wynagrodzenia. Kwestia ta była także przedmiotem debaty na sesji rady gminy. Stanowisko powódki zostało przedstawione bowiem radnemu gminy, który przedstawił je przewodniczącemu rady gminy. W związku z tym wójt gminy S. zwrócił się z pytaniem do spółki (...) i uzyskał informację o zleceniu prac powódkce. Pozwana zobowiązała generalnego wykonawcę do rozwiązania umowy z powódką, aby przywrócić stan zgodny z umową.

Niektórzy pracownicy powódki używali sprzętu i odzieży z oznaczeniami i logo powódki; logo oznaczone były również pojazdy powódki – w tym czarny F. (...). Podczas największego zaangażowania sił na terenie budowy przebywało do 40 pracowników powódki, zazwyczaj jednak było ich kilkunastu. Inni podwykonawcy pojawili się dopiero w czasie wykonywania konstrukcji stalowej.

Powódka wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 290.936,80 zł w terminie 3 dni od daty otrzymania wezwania. Jednocześnie w piśmie z dnia 26 lutego 2010 r. wskazała, iż zamierza poinformować o braku zapłaty za wykonane

roboty Urząd Gminy w S.. Wskazała na wykonanie prac i potwierdzenie tego faktu w świadectwie płatności, podpisanym przez kierownika budowy i kierownika robót. Pismem z dnia 26 lutego 2010 r. powódka poinformowała pozwaną, że jest podwykonawcą spółki (...) i ma podpisaną umowę na realizację całości zadania. Wobec tego zwróciła się o zajęcie stanowiska w sprawie uruchomienia zapłaty za wykonane roboty budowlane w związku z brakiem zapłaty ze strony generalnego wykonawcy. Po otrzymaniu pisma pozwana zwróciła się do spółki (...) o ustosunkowanie się do jego treści. W odpowiedzi spółka (...) uznała zarzuty powódki za pozbawione podstaw. Wskazała na uregulowanie płatności za prace wykonane do końca 2009 r., a także pokrycie należności wynikających z faktury VAT z dnia 14 stycznia 2010 r. W odniesieniu do faktury VAT nr (...) wskazała na jej zawyżoną wartość i brak korekty pomimo wniosku spółki w tym zakresie.

Spółka (...) wniosła o dostarczenie protokołu odbioru częściowego w formie szczegółowej według stanu na koniec lutego 2010 r. Ustosunkowując się do wezwania do zapłaty spółka wskazała, że należność powódki na dzień 4 lutego 2010 r. nie przekracza 27.747,48 zł, a do chwili obecnej powódce została przekazana kwota 755.751,61 zł. W związku z tym żądanie zapłaty kwoty przekraczającej 290.000 zł uznała za bezpodstawne.

W piśmie z dnia 3 marca 2010 r. spółka (...) oświadczyła, iż odstępuje od umowy z dnia 26 sierpnia 2009 r. z uwagi na nieprzekazanie jej w terminie wskazanym w umowie polisy obejmującej odpowiedzialność cywilną za szkody na mieniu lub powstałe w związku z realizacją prac określonych w umowie. Jednocześnie, opierając się na postanowieniu §10 ust. 3 w zw. z § 11 ust. 1 pkt 3 umowy wskazała, że nalicza karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia brutto – 630.000 zł. Powódka uznała, że odstąpienie nie jest uzasadnione, bowiem polisa została dostarczona w dniu podpisania umowy. Stwierdziła także, że stanowisko spółki (...) wskazuje na złe intencje. Spółka (...) podtrzymała dotychczasowe stanowisko. W oparciu o brzmienie art. 491 § 1 k.c. powódka wyznaczyła spółce (...) termin do umożliwienia dalszego wykonywania umowy do dnia 24 marca 2010 r. z zagrożeniem, iż w razie jego upływu powódka będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Powódka swoje stanowisko przedstawiła również w piśmie skierowanym do pozwanej, wnosząc o podjęcie kroków mających na celu rozwiązanie spornych kwestii. W związku z odstąpieniem od umowy w Urzędzie Gminy S. odbyło się spotkanie z wójtem, w którym uczestniczyła powódka i jej mąż. Wówczas powódka przedstawiła umowę ze spółką (...), oczekując iż będzie ona kontynuowana. W piśmie z dnia 5 marca 2010r. spółka (...) wniosła o wstrzymanie realizacji prac elektrycznych przez powódkę. Wskazała, że powódka winna kontynuować rozpoczęte i wykazane prace, zaś w razie niezastosowania się do decyzji spółki inne roboty nie zostaną opłacone. W odpowiedzi powódka wskazała na brak możliwości wstrzymania robót z uwagi na złożone zamówienia materiałów, rozpoczęcie prac instalacyjnych sanitarnych i elektrycznych, produkcję stolarki okiennej, a także umowy podpisane z dostawcami i wykonawcami. Spółka (...) wskazywała na konieczność dokonania inwentaryzacji robót przy udziale biegłego sądowego. Za bezpodstawne uznała zgłaszane przez powódkę żądania zapłaty wskazując, iż nie zostały wypełnione świadectwa płatności dostosowane do harmonogramu realizacji zadania. Następnie wniosła o przygotowanie wszystkich dokumentów budowy, usunięcie z tereny budowy urządzeń i materiałów, usunięcie wad i niedoróbek oraz zabezpieczenie robót do czasu ich odbioru. Powódka przedstawiła spółce (...) projekt aneksu do umowy z dnia 26 sierpnia 2009 r. Na jego mocy wynagrodzenie dla powódki zostało ustalone na 5.793.700 zł brutto. Modyfikacji uległy również m. in. zapisy dotyczące kar umownych, zakresu robót i sposobu rozliczeń. Spółka uznała podpisywanie aneksu po odstąpieniu od umowy za przedmiotowe i zaproponowała zawarcie nowej umowy, obejmujące zakres robót zrealizowanych i dokończenie elementów już rozpoczętych.

W dniu 10 marca 2010 r. powódka wystawiła spółce (...) fakturę VAT nr (...) na kwotę 127.908,53 zł brutto. Termin płatności oznaczony został na 24 marca 2010 r. Spółka (...) ponownie zwróciła się o wystawienie faktury za wykonanie części zadania, to jest do dnia 1 marca 2010 r. na kwotę 143.501,76 zł brutto. Wskazała również na dokonaną w dniu 1 marca 2010r. zapłatę w wysokości 50.000 zł i zaliczenie jej na należności, wynikające z faktury. Następnie w dniu 16 marca 2010 r. spółka na poczet powyższej faktury uiściła kwotę 77.908,63 zł. Wskazała, że przelana kwota stanowi różnicę pomiędzy wartością faktury a zapłaconą kwotą w wysokości 50.000 zł. Powódka ponownie zwróciła się do pozwanej o zajęcie stanowiska i zapłatę za zrealizowane roboty w oparciu o wystawione faktury. Poinformowała również spółkę (...) o wstrzymaniu produkcji stolarki okiennej, wnosząc o dokonanie inwentaryzacji budowy i przejęcie placu budowy.

Powódka prowadziła ze spółką (...) wymianę pism w sprawie ustalenia terminu odbioru wykonanych robót i przekazania placu budowy. Na wniosek Wójta Gminy S. zorganizowane zostało spotkanie z udziałem stron umowy, mające na celu dokonanie wzajemnego rozliczenia. Spółka (...) informowała pozwaną o swoim stanowisku i krokach podjętych w celu rozliczenia z powódką. Pismem z dnia 12 marca 2010 r. powódka wezwała spółkę (...) do zapłaty kwoty 240.936,80 zł, wynikającej z faktury VAT nr (...), pomniejszonej o dokonaną wpłatę w wysokości 50.000 zł, w terminie 3 dni od daty otrzymania wezwania. W piśmie z dnia 23 marca 2010 r. skierowanym do Wójta Gminy S. spółka pełniąca nadzór inwestorski stwierdziła, iż z dokumentacji generalnego wykonawcy – spółki (...) wynika, iż jedynym podwykonawcą jest podmiot wykonujący konstrukcję stalową – spółka (...). Powódka nie została zgłoszona jako podwykonawca robót na inwestycji w M.. W dniu 23 marca 2010r. powódka wystawiła na rzecz spółki (...) fakturę VAT nr (...) na kwotę 8.571,95 zł tytułem montażu, demontażu i dzierżawy rusztowania wraz z transportem. Spółka (...) zwróciła się o wyjaśnienie, z jakiego tytułu faktura została wystawiona. Następnie w dniu 25 maja 2010r. odesłała fakturę bez księgowania, uznając ją za bezpodstawnie wystawioną. W dniu 27 kwietnia 2010 r. w Urzędzie Gminy S. odbyło się spotkanie koordynacyjne z udziałem przedstawicieli pozwanej, powódki, inspektorów nadzoru oraz spółki (...). Strony nie doszły do porozumienia w sprawie rozliczenia, przy czym powódka zobowiązała się opuścić plac budowy do 27 kwietnia 2010 r. Wskazała, że przekaze spółce (...) opinię rzeczoznawcy sporządzoną na jej zlecenie. Pozwana oczekiwała, że strony umowy z dnia 26 sierpnia 2009r. po dokonaniu rozliczeń rozstaną się i inwestycja zostanie zakończona przez spółkę (...). Podstawę rozliczeń stanowić miała opinia niezależnego rzeczoznawcy. W dniu 5 maja 2010r. powódka przekazała spółce (...) dokumentację dotyczącą inwestycji w M. – dotyczącą części konstrukcyjnej, architektonicznej, przyłączy i instalacji elektrycznej dobudowy szkoły, architektury dotyczącej przebudowy istniejącego budynku. Przedłożyła również operat szacunkowy, określający wysokość poniesionych nakładów inwestycyjnych. Zgodnie z jego treścią wartość nakładów wynosiła: 62.000 zł na rozbiórkę istniejącego budynku, 1.310.400 zł na budowę budynku dydaktycznego z salą gimnastyczną, 31.900 zł na wykonanie ogrodzenia placu budowy. Powódka zwróciła się do spółki (...) o ustosunkowanie się do wyceny.

W odpowiedzi spółka (...) przedstawiła sporządzoną na jej zlecenie opinię techniczną, według której wartość wykonanych przez powódkę robót wyniosła 1.024.100,50 zł brutto. Uwzględniając dokonane wpłaty należność powódki wynosi zatem 24.175,01 zł, przy czym w rozliczeniu nie zostały uwzględnione koszty robót dodatkowych z tytułu wadliwie wykonanych robót oraz koszty uporządkowania placu budowy. Przy uwzględnieniu powyższych potrąceń to powódka winna uiścić na rzecz spółki (...) kwotę 66.599,39 zł brutto. Wskazana opinia w zakresie stopnia realizacji robót odnosiła się do harmonogramu prac stanowiącego załącznik do umowy. W związku z tym spółka (...) zwróciła się o wystawienie faktury na kwotę 24.175,01 zł brutto. Spółka (...) zakwestionowała wnioski wynikające z operatu szacunkowego, podważając m.in. zastosowane ceny, metodę wyceny i fakt nieuwzględnienia dodatkowo poniesionych przez nią kosztów. Jednocześnie spółka (...) poinformowała pozwaną, że uregulowała należności wobec powódki, uiszczając na jej rzecz kwotę 999.925,49 zł. W tym pokryła należności, wynikające z faktury VAT nr (...), zaś faktury VAT nr (...) uznała za pozbawione podstaw.

W dniu 1 kwietnia 2010 r. dokonano inwentaryzacji stanu zaawansowania robót budowlanych bez udziału powódki. Oceny wykonania prac dokonano osobno w odniesieniu do robót instalacyjnych, robót elektrycznych, robót budowlanych oraz urządzenia placu budowy. 19 kwietnia 2010 r. przedstawiciele spółki (...) sporządzili protokół z weryfikacji usuwania usterek w oparciu o protokół inwentaryzacji, sporządzony w dniu 1 kwietnia 2010 r. W jego sporządzaniu nie brała udziału powódka. Stwierdzono, że nie wszystkie wady zostały usunięte, przy czym stwierdzono nowe wady i usterki. W dniu 23 kwietnia 2010 r. doszło do przekazania placu budowy generalnemu wykonawcy – spółce (...). W przekazaniu z ramienia powódki uczestniczyli R. C. (1) i P. D.. Stwierdzono, że na budowie znajdują się nieusunięte materiały budowlane, sprzęt budowlany i panuje nieporządek. R. C. (1) odmówił przekazania placu budowy oraz dziennika budowy.

W dniu 23 kwietnia 2010 r. sporządzony został protokół odbioru wykonanych elementów robót – przejściowe świadectwo płatności za okres od 27 sierpnia 2009r. do 19 kwietnia 2010r. Wartość robót ustalono na 1.024.100,05 zł. Pozwana uznała, że spółka (...) w sposób wyjątkowo enigmatyczny przedstawiła stan rozliczeń pomiędzy spółką

a powódką, pomimo prośby pozwanej w tym zakresie. W związku z powyższym pozwana wstrzymała zapłatę części wynagrodzenia dla spółki (...). W odpowiedzi spółka (...) ponownie powołała się na sporządzoną w maju 2011 r. wycenę, z której wynika, iż wartość robót powódki wyniosła 1.024.100,50 zł. Do zapłaty pozostała kwota 24.175,01 zł, lecz mimo wniosku powódka nie wystawiła faktury na wskazaną kwotę, a nadto z przyczyn leżących po stronie powódki nie doszło do spisania protokołu odbioru robót. W dniu 28 października 2011r. spółka (...) wezwała powódkę do zapłaty kwoty 630.000 zł z odsetkami od dnia 10 maja 2010 r. z tytułu kary umownej, określonej w § 11 ust. 1 pkt 3 umowy o roboty budowlane z dnia 26 sierpnia 2009 r. Podniosła, że powódka nie przedstawiła polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, określonej w § 10 umowy. Następnie w dniu 24 listopada 2011 r. spółka (...) wystawiła notę księgową nr (...) na kwotę 90.774,48 zł. Kwotą tą obciążyla powódkę tytułem potrącenia za wadliwe wykonanie robót budowlano – montażowych oraz porządkowanie placu budowy. Powyższa nota stała się podstawą do sporządzenia wezwania do zapłaty z dnia 14 grudnia 2011 r. Pismem z dnia 21 grudnia 2011r. spółka (...) wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 478.999,78 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 14 października 2011 r., z tytułu pozostałej do zapłaty części należności objętej fakturą VAT nr (...) z dnia 22 września 2011 r. Powyższa faktura została wystawiona na kwotę 728.999,77 zł brutto z tytułu wykonania przez spółkę (...) robót budowlanych, instalacji elektrycznej i sanitarnej. Na mocy ugody z dnia 10 stycznia 2012 r. pozwana zobowiązała się do dnia 17 stycznia 2012r. uiszczyć na rzecz spółki kwotę 200.000 zł, zaś płatność pozostałej części należności miała zostać uzgodniona w późniejszym terminie. W dniu 7 grudnia 2011 r. powódka sprzedała M. K. wierzytelność objętą postępowaniem z jej powództwa w sprawie VIII GC 264/11 za cenę 15.000 zł

W dalszej części uzasadnienia Sąd wskazał, że powyższy stan faktyczny został ustalony na podstawie dokumentów przedłożonych przez strony i interwenienta ubocznego wraz z pismami procesowymi. Żadna ze stron nie kwestionowała treści wskazanych dokumentów, zaś Sąd również nie powziął wątpliwości co do ich autentyczności. Sąd oparł się także na zeznaniach świadków oraz stron. Za wiarygodne w znacznej części uznał zeznania Z. R., M. D., A. T. (2), B. J., K. K., Z. B., M. B., Z. T., B. C., B. S., K. S. i Ł. B., jako znajdujące odzwierciedlenie w pozostałym materiale dowodowym. Zeznania świadków okazały się zbieżne w zakresie wiedzy pozwanej o wykonywaniu robót w charakterze podwykonawcy spółki (...). Z zeznań tych wynika, że zarówno przedstawiciele pozwanej, jak i inspektorzy nadzoru nie byli wprost informowani o zatrudnieniu powódki w charakterze podwykonawcy. Nie była im przedstawiana umowa łącząca powódkę ze spółką (...). Co więcej, przedstawiciele i pracownicy powódki przedstawiani byli jako związani ze spółką (...). Świadek B. zeznał wprawdzie, że „wszyscy wiedzieli, że jesteśmy na czarno”, jednakże z zeznań jego wynika, że miał kontakt z inspektorami nadzoru, ewentualnie M. D. (pracownikiem Gminy fotografującym budowę), nie zaś z wójtem Gminy. Choć zatem według świadka przedstawiany był on jako kierownik z A. (...), posłużenie się przez niego sformułowaniem o pracy „na czarno” odczytać trzeba jako świadomość braku akceptacji takiego stanu rzeczy przez inwestora. Niewiarygodne w ocenie Sądu okazały się zeznania L. G., R. C. (1). Osoby te twierdziły, że pozwana wyraziła zgodę na obecność powódki na placu budowy. Fakt ten nie znajdował jednak poparcia w pozostałym materiale dowodowym, a przytoczone w tym zakresie twierdzenia były ze sobą sprzeczne. Sąd przywołał podnoszony przez R. C. (1) fakt rozmowy z wójtem gminy S. o wycince drzew, podczas gdy L. G. wskazywał, iż rozmawiał na ten temat z wicewójtem. Z kolei powódka podnosiła, że pozwana dysponowała wiedzą o jej uczestnictwie w procesie inwestycyjnym i fakt ten akceptowała. Poza jednak twierdzeniami o obecności pracowników na terenie budowy, oznaczeniu odzieży i pojazdu, powódka nie wskazała na konkretne okoliczności świadczące o zgodzie pozwanej na zatrudnienie jej jako podwykonawcy. Argumenty dotyczące wielokrotnych spotkań z przedstawicielami pozwanej gminy i inspektorami nadzoru nie stanowiły w ocenie Sądu I instancji wystarczającego uzasadnienia dla prezentowanego stanowiska w kontekście faktu, iż spotkania takie nie są równoznaczne z akceptacją roli powódki, jak też wiedzą o tym, kogo reprezentuje. Z zeznań części wcześniej wymienionych świadków wynika, że byli oni przeświadczeni, iż powódka jest pracownikiem spółki (...) bądź też nie dociekali wcale, kogo reprezentuje.

Dokonując oceny prawnej ustalonego stanu faktycznego Sąd w pierwszym rzędzie wskazał, że zbycie przez powódkę wierzytelności, objętej pozwem, pozostało zgodne z art. 192 pkt. 3 k.p.c. bez wpływu na dalszy tok sprawy, gdyż nastąpiło już po doręczeniu pozwu. Jako podstawę prawną powództwa Sąd przywołał treść art. 647<sup>1</sup> § 2 i § 5 k.c. Wskazał, że na podstawie tej regulacji podwykonawca uzyskał pewną ochronę, ponieważ inwestor, mimo iż nie jest związany z podwykonawcą żadną umową, z mocy ustawy odpowiada solidarnie w wykonawcę za zapłatę

wynagrodzenia. Regulacja dotycząca odpowiedzialności inwestora ma charakter szczególny, w związku z czym została obwarowana dodatkowymi przesłankami, to jest istnieniem zgody inwestora na zlecenie podwykonawcy robót przy realizacji inwestycji.

Dla tej zgody ustawodawca nie przewidział żadnej formy szczególnej. Sąd podkreślił powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego, że brak zgody wyrażonej przez inwestora lub wykonawcę na zawarcie umowy o podwykonawstwo, nie spowoduje jej nieważności, lecz jedynie zapobiegnie powstaniu solidarnej odpowiedzialności inwestora (wykonawcy) za dług z tytułu wynagrodzenia podwykonawcy. Zgoda, do której nie stosuje się rygorów art. 63 § 2 k.c., może być wyrażona zatem w dowolny sposób dostatecznie ją ujawniający (art. 60 k.c.). Sąd zauważył, iż na gruncie art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. zgoda wykonawcy mogła być wyrażona w dwojaki sposób - bierny (pasywny) oraz czynny (aktywny). Wyrażenie zgody w sposób bierny objawia się brakiem zgłoszenia na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń w terminie 14 dni od przedstawienia przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Przyjmuje się fikcję prawną, że inwestor zgodę wyraził. Drugi sposób wyrażenia zgody (czynny) może przybrać różną formę. Inwestor może wyrażać ją w sposób wyraźny pisemnie bądź ustnie, albo poprzez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę (art. 60 k.c.). Może zatem nastąpić to poprzez czynności faktyczne, w sposób dorozumiany, na przykład przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót, oraz dokonywanie podobnych czynności. Przepis art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. nie uzależnia odpowiedzialności inwestora od przedłożenia mu dokumentacji, jeśli wyraża w sposób czynny zgodę na udział podwykonawcy w realizacji inwestycji. Może on uzyskać wiedzę o umowie pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą z dowolnego źródła, zarówno przed jej zawarciem, jak i później. Podkreślił jednak Sąd, że zgoda inwestora, wyrażona w sposób dorozumiany czynny jest skuteczna, gdy dotyczy konkretnej umowy, której istotne postanowienia, decydujące o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy są znane inwestorowi, albo z którymi miał możliwość zapoznania się.

W ocenie Sądu I instancji analiza zgromadzonego materiału dowodowego prowadzi do wniosku, iż nie ma podstaw do przyjęcia, że pozwana taką zgodę wyraziła. Przede wszystkim zgoda nie została wyrażona przez pozwaną w sposób bierny, to jest poprzez brak sprzeciwu lub zastrzeżeń wobec przedłożonej umowy z podwykonawcą. Po pierwsze bowiem bezspornym jest, iż spółka (...) w formie pisemnej zwracała się do pozwanej o wyrażenie zgody na zatrudnienie podwykonawcy, przed zawarciem umowy z powódką. Pozwana nie wyraziła na to zgody. Okoliczność ta wynika z zeznań K. S., jak też z zeznań przedstawicieli interwenienta ubocznego – M. B., Z. T.. Należy ją wywieść w ocenie Sądu również faktu, że ostatecznie spółka (...) wycofała wniosek o zgodę, a wskazani powyżej świadkowie podali, że nie kierowali ponownie wniosku w tym zakresie do gminy. Podnosili przy tym, że mieli świadomość, że pozwana nie zgodzi się na zatrudnienie podwykonawcy, a w razie nacisków ze strony wykonawcy istniało ryzyko odstąpienia od umowy przez pozwaną. Z zeznań tych wynika również, że spółka (...) zdecydowała się na realizację inwestycji i zawarcie umowy z powódką pomimo braku zgody inwestora przy założeniu, że inwestor nie zostanie poinformowany o udziale powódki w realizacji prac budowlanych. W tym kontekście oczywistym jest, iż po odmowie zatrudnienia podwykonawcy przez wójta gminy spółka (...) nie przedstawiała mu dokumentów, świadczących o zatrudnieniu powódki – w tym także umowy czy dokumentacji technicznej. Sąd Okręgowy uznał, że pozwana na zatrudnienie powódki nie wyraziła zgody również w sposób czynny, lecz wyraźny. Z żadnego z przedstawionych dokumentów nie wynika, aby pozwana wprost wyraziła akceptację dla obecności powódki na placu budowy i jej udziału w realizacji inwestycji. Sąd podkreślił, że bezpośredni kontakt przedstawicieli powódki i pozwanej na terenie budowy był znacznie ograniczony. Na terenie budowy pojawiał się wyłącznie M. D., jednak jego wizyty miały charakter sporadyczny, jako że zajmował się wykonywaniem dokumentacji fotograficznej i nie pełnił żadnej funkcji związanej bezpośrednio z realizacją projektu. Sam M. D. wskazywał, iż na budowie bywał rzadko, zaś świadek L. G. wskazywał że miało to miejsce średnio raz w miesiącu. Z kolei K. S. potwierdził swoją obecność na placu budowy tylko raz i to w sytuacji, gdy ekipa budowlana na nim nie przebywała. Zeznań tych nie sposób zakwestionować nawet wobec zeznań R. C. (1) dotyczących rozmów L. G. z wójtem o wycince drzew. Świadek L. G. podał bowiem, iż rozmowy w tym zakresie prowadził z zastępcą wójta. Już z powołanych wyżej względów, przy braku korespondencji stron w analizowanym zakresie, nie istnieją podstawy aby przyjąć, iż pozwana wyraziła zgodę na zawarcie umowy podwykonawstwa wprost. Uznaniu, że pozwana

wyraziła zgodę na podwykonawstwo sprzeciwia się zachowanie pozwanej. Pozwana mogła co najwyżej posiadać wiedzę o fakcie wykonywanie robót przez podwykonawcę, jednakże na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego w ocenie Sądu nie sposób było poczynić jednoznacznych ustaleń, jako że znaczna część świadków wskazywała, że nie dociekała kogo reprezentują osoby przebywające na terenie budowy. Co więcej podnosili, że uznawali te osoby za reprezentujące spółkę (...), jako że ten podmiot był generalnym wykonawcą robót budowlanych w szkole w M.. Co istotne, wiedzę w tym zakresie należy odnosić wyłącznie do osób reprezentujących pozwaną. Tymczasem M. D. wskazał, że pracownicy powódki byli zatrudnieni przez generalnego wykonawcę, a podczas jego wizyt na terenie budowy nie natknął się na oznaczenia świadczące o obecności powódki. Nadto podał, że z powódką spotkał się dwukrotnie w siedzibie urzędu gminy już po powzięciu informacji przez wójta o zleceniu robót podwykonawcy. Wskazywał również na rozmowy dotyczące postępu robót i harmonogramu z osobą obecną na terenie budowy, jednak nie potrafił określić jej danych. W tym kontekście za niewiarygodne Sąd uznał zeznania L. G. co do rozmów z M. D. odnośnie zakresu finansowego umowy i jej treści. Twierdzenia świadka było zbyt mało precyzyjne, aby na tej podstawie uznać, że pozwanej przekazane zostały w ten sposób dane dotyczące zakresu robót wykonywanych przez powódkę i wynagrodzenia za nie przewidzianego. Również niewiarygodne okazały się zeznania powódki co do kontaktów z M. D. skoro nie wskazała dokładnie jaki był ich przedmiot. Nie ma również podstaw do przyjęcia, jakoby rozmowy dotyczące przywołanych powyżej kwestii prowadzone były z K. S., skoro nie pojawiał się on na terenie budowy. Sprzeczne zeznania L. G. i R. C. (1) nie pozwalały na przyjęcie, że wójt kontaktował się z którymkolwiek z nich. Sąd podkreślił, że inspektorzy nadzoru zawierali umowę z pozwaną i nie wiązała ich umowa ani z wykonawcą ani z podwykonawcą robót. Z. R. i A. T. (2) wskazywali na brak kontaktu z powódką na terenie budowy i pierwsze zetknięcie z nią podczas spotkania w siedzibie gminy. Inspektorzy ci pozostawali w przekonaniu, że prace na budowie wykonuje spółka (...) i nie ustalali, jaki podmiot reprezentuje kierownik budowy czy pozostali pracownicy. Taka argumentacja znalazła, jak wskazał Sąd, potwierdzenie w protokołach odbioru robót, gdzie brak było wzmianki o podwykonawcy. Widnieją w nich wyłącznie dane pozwanej i generalnego wykonawcy – spółki (...). Za szczególnie istotne Sąd uznał, że powódka była przedstawiana przez przedstawicieli spółki (...) jako jej pracownik. Przeciwnie wnioski wypływały z zeznań powódki, L. G. i R. C. (1), jednak w zestawieniu z zeznaniami pozostałych świadków nie zasługiwały na akceptację. M. B. i Z. T. podkreślali, iż taka sytuacja miała miejsce, a powódka akceptowała ją w związku z chęcią kontynuacji współpracy. Zeznania te korespondują z zeznaniami inspektorów nadzoru, twierdzących, iż nie spotkali się z nazwą (...) podczas obecności na budowie. Biorąc pod uwagę bezpośredni kontakt pomiędzy inspektorem nadzoru K. M. (1) a pracownikami powódki, w tym ze Z. B., który na terenie budowy przebywał codziennie, jak również jej rozmowę z powódką na temat podpisania protokołu odbioru Sąd uznał, że nie można wykluczyć, iż inspektor ta najpóźniej z tą chwilą powzięła informację, że to powódka wykonuje prace budowlane w M.. Nie jest to jednak wystarczające dla przyjęcia odpowiedzialności pozwanej na gruncie art. 647<sup>1</sup> k. Rolą inspektorów nadzoru było stwierdzenie prawidłowości wykonania prac, ich zgodności z normami Prawa budowlanego i projektu. Nie mieli oni obowiązku badania relacji pomiędzy uczestnikami procesu budowlanego, treści umów ich łączących. Spółkę sprawującą nadzór inwestorski łączyła z pozwaną Gminą odrębna umowa, określająca wzajemne obowiązki. Ewentualnej wiedzy inspektorów nie można zatem utożsamiać z wiedzą inwestora – pozwanej. Nie ma podstaw do uznania, aby inwestor miał możliwość zapoznania się z postanowieniami umowy z dnia 26 sierpnia 2009 r., które określały zakres odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Nie była mu znana wysokość wynagrodzenia, przewidzianego dla powódki. Pozwana nie była świadoma również co do zakresu robót powierzonego powódce, skoro nie wyraziła zgody na jej zatrudnienie, a nadto w umowie o roboty budowlane zawarty został zakaz wykonywania prac za pośrednictwem podwykonawcy w odniesieniu do zdecydowanej części zadania inwestycyjnego. Przedstawiciele podwykonawcy nie dokonywali wpisów w dzienniku budowy, nie uczestniczyli oficjalnie w odbiorze prac. O braku zgody po stronie gminy świadczy w ocenie Sądu także zachowanie się pozwanej po powzięciu informacji o obecności powódki na placu budowy w lutym 2010 r. Wówczas pozwana zwróciła się do spółki (...) o wyjaśnienie sytuacji i przedstawienie swojego stanowiska. W związku z tym zorganizowane zostało również spotkanie w Urzędzie Gminy z udziałem powódki, inspektorów nadzoru oraz przedstawicielami spółki (...), mające na celu rozliczenie podwykonawcy z generalnym wykonawcą i ustalenie stanu faktycznego. Postawa wójta – wskazywanie w pismach na niejasne zasady współpracy wykonawcy i podwykonawcy, ich sprzeczne stanowiska co do rozliczenia, a także brak tolerancji wobec faktu że powódka i spółka (...) nie potrafią osiągnąć porozumienia, musiała prowadzić do konstatacji,

że zaistniała sytuacja była dla pozwanej nowa, wcześniej nie akceptowana. Nadto wójt zwrócił się wprost do spółki (...) o przywrócenie stanu zgodnego z umową. Z zeznań K. S. i M. D., a także przedstawicieli spółki (...) wynika wprost, że oczekiwanie to wiązało się z rozwiązaniem umowy z powódką i doprowadzeniem do sytuacji, w której to spółka (...) samodzielnie kontynuować będzie roboty. W ocenie pozwanej sytuacja związana z umową o podwykonawstwo powodowała sprzeczność umowy łączącej pozwaną i spółkę (...) z ustawą Prawo zamówień publicznych. Sąd podniósł, że skoro pozwana najpierw nie wyraziła zgody na zawarcie przez (...) umowy z powódką, zaś później, po powzięciu informacji o faktycznym wykonywaniu robót przez powódkę, doprowadziła do rozwiązania umowy pomiędzy powódką a spółką (...), bezpodstawnymi byłby wnioski, że pozwana akceptowała wykonywanie robót przez powódkę. Wobec braku legitymacji biernej po stronie pozwanej Sąd nie dokonał analizy pozostałych zarzutów podnoszonych przez stronę pozwaną i interwenienta ubocznego, szczególności dotyczących wysokości ewentualnego roszczenia powódki. Sąd wskazał tylko na nieskuteczność w świetle art. 492 k.c., złożonego przez (...) spółkę z o.o. oświadczenie o odstąpieniu od umowy z powołaniem się na § 10 ust. 3 umowy stron. Nie określono bowiem w umowie terminu, w jakim (...) może odstąpić od umowy z tej przyczyny. Nawet jednak gdyby postanowienie w tym zakresie byłoby ważne, to ewentualne oświadczenie o odstąpieniu powinno nastąpić niezwłocznie po upływie terminu do wykonania zobowiązania, a zatem zgodnie z § 10 ust. 2 umowy niezwłocznie po przejęciu placu. Tymczasem oświadczenie to złożone zostało niemal pół roku później. Niesporne jest jednak, że strony zaniechały dalszego wykonywania obowiązków przewidzianych w umowie, i podjęły próby dokonania inwentaryzacji robót. W ocenie Sądu zachowanie to pozwala na wyciągnięcie wniosku, że doszło do rozwiązania umowy z dnia 26.08.2009 r., a to co do zasady nie pozbawia powódki roszczenia o wynagrodzenie za roboty już wykonane.

Jako podstawę rozstrzygnięcia w zakresie kosztów procesu Sąd wskazał art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 108 k.p.c. oraz art. 107 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku złożyła powódka zaskarżając go w całości. Rozstrzygnięciu zarzuciła:

- naruszenie art. 647<sup>1</sup> § 2 polegające na błędnej i na niewłaściwej ocenie, że wykonawca P.P.U.H. (...) Sp. z o.o. nie miała zgody pozwanej na zlecenie powódce wykonania robót;

- sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z zebrany materiałem w sprawie polegającą na błędnym przyjęciu, iż pozwana nie wiedziała i nie akceptowała wykonywania prac przez podwykonawcę firmę (...) Sp. z o.o., pomimo iż z prawidłowych ustaleń faktycznych wynika że:

- powódka informowała Inspektora Nadzoru (...) Budowlano-konstrukcyjnych K. M. (1), iż jest podwykonawcą usiłując nawet doprowadzić do podpisania przez K. M. (1) protokołów robót wykonanych przez powódkę, a protokoły świadectwa płatności były podpisywane przez K. K. kierownika budowy, a w czynnościach odbioru uczestniczył faktycznie Z. B. - kierownik budowy robót;

- budowa była wizytowana przez pracownika pozwanej M. D., który dokonywał dokumentacji fotograficznej, a także wielokrotnie prowadził rozmowy z pracownikami powódki w tym Z. B., powódką, L. G. i innymi osobami;

- w lutym 2010 roku pozwana powzięła informacje od (...), że roboty wykonywane są przez podwykonawcę tj. firmę (...), (...) spółka (...) w tym samym czasie potwierdziła informując Wójta Gminy S. o zleceniu prac powódce jako podwykonawcy;

- czy to Wójt Gminy S. czy też Vice Wójt rozmawiali z L. G. lub z R. C. (1) na temat możliwości wycięcia drzew, podczas których to rozmów powzięli informację, że prace budowlane wykonywane są przez firmę powódki A. G.;

- pozwana organizowała spotkania mające na celu rozliczenie powódki z firmą (...) Sp. z o.o. po powzięciu przez pozwaną informacji o obecności na placu budowy, a nadto pomimo tego, że pozwana zażądała rozwiązania umowy z powódką przez spółkę (...) i doprowadzenia do sytuacji, w której to spółka (...) będzie samodzielnie kontynuowała prace budowlane;

- w istocie rzeczy to powódka wykonywała zakres prac objętych umową z dnia 20 sierpnia 2009r zawartej pomiędzy Gminą S., a Spółką (...) Sp. z o.o. pomniejszony jedynie o 10% co oznacza praktycznie przy takim zakresie, że na placu budowy praktycznie byli jedynie pracownicy powódki;

- na budowie przebywali także Wójt i Vice Wójt, spotykali się i rozmawiając zarówno z kierownikiem robót jak i z pracownikami powódki, którzy jak Sąd ustalił używali sprzętu odzieży z oznaczeniami logo powódki, zaś na budowie były także pojazdy powódki, także oznakowane logo, a podczas największego zaangażowania sił na budowie przebywało około 40 pracowników powódki;

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów:

- z zeznań powódki, L. G., Z. B., K. K., R. C. (1) z których wynika, że niektórzy pracownicy powódki używali sprzętu i odzieży z oznaczeniami i logo powódki i takim samym logo oznaczone były pojazdy powódki, które stały na budowie;

- z zeznań świadka L. G., powódki, K. S. w kontekście spotkania z Wójtem Gminy S. jakie odbyło się w Urzędzie Gminy S. w związku z odstąpieniem od umowy co miało wpływ na dowolną ocenę, że pozwana w sposób dorozumiany nie wyraziła zgody na obecność i wykonywanie prac przez powódkę jako podwykonawcę;

- z zeznań świadka Z. B. w kontekście jego kontaktów na budowie tak z przedstawicielami pozwanej jak i z inspektorami nadzoru pozwanej i informowania tych osób przez świadka, o tym że jest pracownikiem podwykonawcy jako kierownik A. (...);

- z zeznań R. C. (1) i L. G., z których wynika że albo obaj, albo chociażby jeden z nich spotkał się z Wójtem lub z Vice Wójtem Gminy S. w przedmiocie wycinki drzew, podczas których spotkań lub spotkania z rozmowy w sposób jasno wynikało, że świadkowie ci prowadzą rozmowy w imieniu podwykonawcy, a nie spółki (...) Sp. z o.o.;

- z zeznań powódki w kontekście ustalenia, że wielokrotność spotkań z przedstawicielami Gminy nie są wystarczające dla przyjęcia stanowiska o akceptacji roli powódki jako podwykonawcy na realizowanej budowie;

- z zeznań M. D. w kontekście ustalenia, iż nie wiedział on i nie przekazał Wójtowi Gminy S. wiedzy o tym, że na budowie wykonują prace pracownicy powódki, a nie wykonawcy spółki (...) Sp. z o.o.;

- z zeznań powódki, Z. B., K. M. (1), M. D. w zakresie dowolnego ustalenia, że pomimo wielokrotnych kontaktów powódki jak i jej kierownika budowy robót z przedstawicielami Gminy i Inspektorami z ramienia Gminy Sąd dowolnie ustalił, że pozwana nie akceptowała obecności powódki jako podwykonawcy i nie wiedziała o tym, że jest ona podwykonawcą choć to powódka realizowała 90% prac objętych umową z dnia 20 sierpnia 2009 r.

W oparciu o te zarzuty powódka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie żądania oraz zasądzenie od pozwanej kosztów postępowania oraz kosztów zastępstwa adwokackiego za I i II instancję. W uzasadnieniu wskazała, że wyrok narusza art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c. Celem tej regulacji było przeciwdziałanie negatywnym zjawiskom gospodarczym, a w szczególności nieregulowanie zapłaty na prace wykonane przez podwykonawców małych i średnich przedsiębiorców. Realizacja tego założenia polegać miała na przyjęciu solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy oraz podwykonawcy za zobowiązania powstałe w związku z wykonywaniem robót budowlanych na rzecz inwestora na podstawie umowy zawartej wykonawcy z podwykonawcą. Intencją ustawodawcy było, aby tak skonstruowany przepis wzmocnił wewnętrzne powiązania w strukturze stosunków umownych łączących proces inwestycyjny. Inwestor związany umową jedynie z generalnym wykonawcą i wyłączony dotychczas z prawnych więzi z podmiotami, którymi wykonawca posługiwał się przy realizacji umowy o roboty budowlane miał ponosić odpowiedzialność na równi z zawierającym umowę wykonawcą wobec podwykonawców za wypłatę należnego im wynagrodzenia. Ostatecznie ukształtowana wykładnia przepisu zakłada, że do zgody wymaganej przez art. 647<sup>1</sup> § 2 należy stosować art. 60 k.c. Tym samym zgoda może być wyrażona przez każde zachowanie inwestora, które ujawnia ją w sposób dostateczny. Zarzut błędnej wykładni art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. jest słuszny, albowiem pozwana poprzez szereg

czynności, szereg zachowań swoich przedstawicieli wyraziła zgodę na wykonywanie prac budowlanych przez powódkę w sposób czynny, pozwana zarówno przez swoich przedstawicieli poczynając od Wójta poprzez Vice Wójta, M. D. czy swoich inspektorów nadzoru K. M. (1) po wielokroć wyrażała swoją zgodę w różnej formie. Przez wymienione wyżej osoby pozwana w sposób dostateczny ujawniała swoją wolę. Następowo to poprzez czynności faktyczne tj. rozmowy Wójta, Vice Wójta, M. D. z pracownikami podwykonawcy, kierownikiem budowy robót powódki, z kierownikiem budowy pozwanej, kierownika budowy robót Powódki z inspektorami nadzoru pozwanej czy wreszcie samej powódki z Wójtem czy przedstawicielami Gminy, czy też inspektorami nadzoru pozwanej. Niezależnie od tego zgoda pozwanej w sposób dorozumiany wynikała z faktu tolerowania pracowników powódki na placu budowy dokonywania wpisów w dzienniku budowy odbierania wykonanych przez powódkę robót oraz dokonywania szeregu podobnych czynności. Wreszcie z uzasadnienia Sądu w sposób jednoznaczny wynika, że pozwana wiedziała o fakcie funkcjonowania na placu budowy podwykonawcy - powódki jej pracowników i akceptowała, że uczestniczy ona w procesie inwestycyjnym zamiast wykonawcy w niemalże w pełnym zakresie. Stwierdzenie Sądu w uzasadnieniu, że pozwana mogła co najwyżej posiadać wiedzę o fakcie wykonywania robót przez podwykonawcę - powódkę już samo w sobie w zestawieniu chociażby z treścią pisma (...) Sp. z o.o. z dnia 21 sierpnia 2009r w sposób jednoznaczny i stanowczy przesądza o wiedzy pozwanej o realizowaniu zadania inwestycyjnego przez powódkę zamiast (...) Sp. z o.o. i akceptacji takiego stanu rzeczy. Dodatkowo za takim stanowiskiem przemawia fakt, że pozwana zatrzymała wynagrodzenie, które po myśli zawartej umowy z wykonawcą winna za pracę jemu wypłacić. To zdaniem powódki również w sposób nie budzący wątpliwości przesądza o tym, że pozwana wiedziała i akceptowała obecność powódki na budowie, a tym samym wbrew stanowisku Sądu wypełnione zostały przesłanki z art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c.

Sąd I instancji dopuścił się także szeregu sprzeczności z zebrany materiał dowodowy bowiem z prawidłowo ustalonego stanu faktycznego Sąd wyprowadził całkowicie błędne wnioski. Skarżący wskazał, że Sąd prawidłowo ustalił, że powódka informowała inspektora nadzoru K. M. (1), iż jest podwykonawcą usiłując nawet doprowadzić do podpisania protokołu robót wykonanych przez powódkę, a mimo to Sąd wyprowadza błędny wniosek, że skoro K. M. (1) była zatrudniona przez pozwaną i odmówiła złożenia podpisu wskazując, że stroną umowy jest dla niej (...) Sp. z o.o. to nie przekazała tej informacji pozwanej i tym samym nie jest to wystarczające dla przyjęcia dla solidarnej odpowiedzialności pozwanej za zobowiązania wykonawcy (...) Sp. z o.o. Przy prawidłowym poczynieniu ustalenia faktycznego, że budowa była wizytowana przez pracownika pozwanej M. D. dokonującego dokumentację fotograficzną, a także prowadzącego rozmowy z pracownikami powódki, Sąd wyprowadził błędny wniosek, że M. D. nie zdawał relacji Wójtowi bądź jego zastępcy lub innym pracownikom Gminy z tego jak przebiegają prace budowlane i kto je wykonuje. Zdaniem powódki sprzeczne z prawidłowo ustalonym stanem faktycznym jest wnioskowanie Sądu, że skoro powódka w swoich zeznaniach powołuje się na spotkania z M. D., a Sąd ustalił, że spotkania te miały miejsce to ponieważ powódka nie wskazała jaki był przedmiot tych spotkań to świadczy to o tym, że strona pozwana po pierwsze nie wiedziała o wykonywaniu prac przez podwykonawcę, a po drugie nie akceptowała tego nawet w sposób dorozumiany. Z prawidłowego ustalenia, że w lutym 2010 roku pozwana powzięła informację, że roboty są wykonywane nie przez (...) Sp. z o.o. lecz przez podwykonawcę Sąd wyprowadził sprzeczny wniosek o braku wiedzy i braku akceptacji podwykonawców choć wtedy jeszcze powódka nie występowała z roszczeniem będącym przedmiotem sprawy, a pozwana podjęła się roli swoistego mediatora bowiem chciała, ażeby budowa była kontynuowana. Przy prawidłowym ustaleniu, że Wójt czy też Vice Wójt pozwanej rozmawiali z L. G. lub R. C. (1) Sąd wyprowadził nielogiczny wniosek, że pozwana nie tolerowała obecności podwykonawcy na placu budowy i przeciwstawiała się wykonywaniu prac przez podwykonawcę, a nade wszystko nie wiedziała, że podwykonawcą jest firma powódki A. (...). Przy bezspornym ustaleniu, że pozwana pośredniczyła w rozliczeniu pomiędzy powódką, a E. Sp. z o.o. nielogicznym jest wyprowadzenie wniosku, że pozwana nie zaakceptowała obecności powódki na budowie i wykonanych przez nią prac, tym bardziej, że gdyby rzeczywiście o takim podwykonawcy pozwana nie wiedziała i nie zaakceptowała obecności podwykonawcy to winna bezwzględnie i natychmiast rozwiązać umowę z firmą (...) Sp. z o.o. jako wykonawcą z powodu naruszenia przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, tym bardziej, że już na podstawie pisma z dnia 21 sierpnia 2009 roku pozwana winna zorientować się, że podwykonawca ma wykonywać około 90% zakresu wynikającego z umowy z dnia 20 sierpnia 2009 r zawartej pomiędzy pozwaną, a (...) Sp. z o.o. Skarżący wskazał też, że nie sposób uznać za prawidłowy wniosek o braku wiedzy i akceptacji po stronie pozwanej funkcjonowania powódki na budowie wynikający z prawidłowego ustalenia, że na budowie przebywali pracownicy

pracujący narzędziami z logo powódki oraz ubrani w odzież z takim logo jak też na budowie stały pojazdy oznaczone takim samym logo. Sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego było też przyjęcie, że nikt z pracowników powódki odwiedzających budowę nie zwrócił na to uwagi bądź też nikt takimi spostrzeżeniami nie podzielił się z Wójtem Gminy S., abstrahując już od jego osobistej obecności na tej budowie. W dalszej części powódka podniosła, że z naruszeniem art. 233 § 1 k.p.c. Sąd dokonał dowolnej oceny zeznań powódki, L. G., Z. K. (1), R. C. (1) czy K. S. dowolnie ustalając, że ich zeznania na okoliczność czy to kontaktów z Wójtem, K. S. czy inspektorami nadzoru pozwanej czy przedstawicielami pozwanej nie pozwalają na przyznanie waloru wiarygodności tym zeznaniom w kontekście wiedzy pozwanej o wykonywaniu prac przez powódkę i akceptacji tego faktu w sposób dorozumiany na podstawie szeregu tak okoliczności faktycznych jak i innych czynności. Z oczywistym przekroczeniem granic swobodnej oceny dowodów nastąpiła ocena zeznań powódki co do ich znaczenia dla przyjętego za prawdziwy stanu faktycznego o wielokrotności spotkań powódki z przedstawicielami Gminy i odmówienie tym zeznaniom waloru wiarygodności co do wiedzy i akceptacji funkcjonowania powódki w procesie budowlanym jako podwykonawcy. Taki też zarzut powódka postawiła ocenie zeznań świadka M. D., Z. B. czy K. M. (1). Zeznania zwłaszcza K. M. (2) i M. D. ze względu na to, że byli to ludzie bezpośrednio związani z pozwaną są mętne i żadną miarą bez naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie można było wyprowadzić wniosku, że pozwana nie wiedziała i nie akceptowała w rozumieniu art. 60 k.c. funkcjonowania powódki jako podwykonawcy i wykonywaniu przez nią prac budowlanych.

Pozwana oraz interwenient uboczny złożyli pisma procesowe stanowiące odpowiedź na apelację powódki wnosząc o jej oddalenie oraz zszaczenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

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

Apelacja powódki okazała się niezasadna. Sąd I instancji w sposób prawidłowy zgromadził w sprawie materiał dowodowy i w dalszej kolejności dokonał właściwej jego oceny. W konsekwencji ustalił stan faktyczny odpowiadający treści przedstawionych przez strony dowodów. Stąd też Sąd Apelacyjny przyjął go za własny. W sytuacji bowiem, gdy sąd odwoławczy orzeka na podstawie materiału zgromadzonego w postępowaniu w pierwszej instancji nie musi powtarzać dokonanych ustaleń, gdyż wystarczy stwierdzenie, że przyjmuje je za własne (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1935 r., C III 680/34. Zb. Urz. 1936, poz. 379, z dnia 14 lutego 1938 r., C II 21172/37 Przegład Sądowy 1938, poz. 380 i z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 83). Zarzuty powódki odnoszące się zarówno do naruszenia przepisów procedury, jak i przepisów prawa materialnego nie mogły odnieść skutku.

Sąd I instancji w sposób prawidłowy ustalił, że w sprawie nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. uzasadniające solidarną odpowiedzialność inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy określoną w § 5 tego artykułu. Zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 1 k.c. w umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647, zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. Jednocześnie § 2. Stanowi, że do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Z kolei zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Regulacja ta więc statuuje ustawową bierną solidarność o charakterze gwarancyjnym w postaci odpowiedzialności ex lege za cudzy dług, co jest odstępstwem od zasady prawa obligacyjnego, zgodnie z którą skuteczność zobowiązań umownych ogranicza się do stron zawartego kontraktu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt IV CSK 293/10, LEX nr 1111016). Podkreślenia przy tym wymaga, że odpowiedzialności solidarnej inwestora wobec podwykonawcy na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. nie wyłącza okoliczność zapłaty na rzecz wykonawcy jego wynagrodzenia, ponieważ istota tej regulacji polega właśnie na tym, aby inwestor był zainteresowany dokonaniem zapłaty na rzecz podwykonawców (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2006 r., sygn. akt III CZP 36/06, Biul. SN 2006, nr 6, s. 6). Dodatkowo wskazać należy, że zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę

umowy z podwykonawcą ma jedynie znaczenie dla powstania odpowiedzialności solidarnej za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Brak takiej zgody nie rzutuje jednak na ważność umowy o podwykonawstwo (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 17 grudnia 2009 r., sygn. akt I ACa 874/09, LEX nr 628223, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 2006 r., sygn. akt IV CSK 61/06). Zgoda inwestora nie ma charakteru przesłanki skuteczności ani ważności umowy z podwykonawcą (uchwała z dnia 28 czerwca 2006 r., sygn. akt III CZP 36/06, oraz wyroki z dnia 15 listopada 2006 r., sygn. akt V CSK 221/06 i V CSK 256/06).

Jak słusznie zauważył Sąd I instancji za ugruntowany i jednoznaczny w orzecznictwie uznać należy pogląd, zgodnie z którym zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą może być wyrażona w dwojaki sposób - bierny (pasywny) oraz czynny (aktywny). Wyrażenie zgody w sposób bierny objawia się brakiem zgłoszenia na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Przyjmuje się w takiej sytuacji fikcję prawną, że inwestor zgodę wyraził. Inwestor został zabezpieczony poprzez obowiązek przedstawienia mu stosownej dokumentacji. Przyjmując fikcję wyrażenia w sposób bierny zgody, ustawodawca zakłada, że inwestor zapoznał się, a w każdym razie mógł się zapoznać z tą dokumentacją i ma, bądź powinien posiadać, wiedzę o zakresie robót i wynagrodzeniu uzgodnionym w umowie z podwykonawcą (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r., sygn. akt III CSK 152/10, LEX nr 1102865). Oznacza to, że art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. normuje jedynie postępowanie konieczne do przypisania milczeniu inwestora określonego w tym przepisie znaczenia, tj. zgody na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą (lub przez podwykonawcę z dalszym podwykonawcą). Normatywnie ustalona interpretacja biernego zachowania jest postanowieniem szczególnym, umieszczonym w przepisie o charakterze wyjątkowym, wymagającym interpretacji ścisłej. Aby zatem można było przypisać inwestorowi milczącą zgodę na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą, konieczne jest łączne wypełnienie wszystkich przesłanek omawianego przepisu, tzn. przedstawienie inwestorowi przez wykonawcę umowy zawartej z podwykonawcą lub jej projektu wraz ze stosowną częścią dokumentacji, która dotyczy przedmiotu umowy.

Odmiennej oceny wymaga natomiast sytuacja, gdy zgoda wyrażana jest w sposób czynny. Omawiany przepis w takim przypadku nie uzależnia odpowiedzialności inwestora od przedłożenia mu dokumentacji. Może on uzyskać wiedzę o umowie pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą z dowolnego źródła, zarówno przed jej zawarciem, jak i później. Podkreśla się, że jeżeli inwestor zgodę w sposób czynny wyraża, to wie co robi i nie jest już potrzebny żaden mechanizm obronny (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 maja 2013 r., sygn. akt V ACa 81/13, LEX nr 1314749, wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 21 marca 2013 r., sygn. akt I ACa 1291/12, LEX nr 1312006, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 grudnia 2012 r., sygn. akt I ACa 1237/12, LEX nr 1293089, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt V CSK 24/09, LEX nr 527185, wyrok Sądu najwyższego z dnia 26 czerwca 2008 r., sygn. akt II CSK 80/08, LEX nr 479372).

Ten sposób wyrażenia zgody (czynny) może przybrać różną formę. Inwestor może wyrażać ją w sposób wyraźny pisemnie bądź ustnie, albo poprzez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę (art. 60 k.c.). Jeżeli zatem ogólne zasady wykładni oświadczeń woli pozwalają na stwierdzenie, że inwestor wyraził zgodę na konkretną umowę (jej projekt), z której wynika zakres jego odpowiedzialności solidarnej, to okoliczność ta jest wystarczająca dla uznania skuteczności tej zgody (uchwała Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 29 kwietnia 2008 r., sygn. akt III CZP 6/08, OSNC 2008, Nr 11, poz. 121, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt II CSK 417/08, LEX nr 518078). Może to nastąpić poprzez czynności faktyczne, w sposób dorozumiany, na przykład przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót, oraz dokonywanie podobnych czynności (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, sygn. akt I ACa 109/13, LEX nr 1314664, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r., sygn. akt III CSK 152/10, LEX nr 1102865).

W ocenie Sądu Apelacyjnego w rozpoznawanej sprawie tak rozumiana zgoda nie została przez stronę pozwaną wyrażona, a tym samym niezasadny okazał się zarzut naruszenia treści przepisu art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. W konsekwencji zasadnie Sąd I instancji ustalił, że nie ziściły się przesłanki solidarnej odpowiedzialności inwestora określonej w

art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. W tym zakresie skarżąca z jednej strony zarzuciła Sądowi wadliwą, bo dowolną ocenę dowodów, a z drugiej strony sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, co było oczywiście skutkiem właśnie wadliwej jego ceny. Zarzutów tych nie sposób podzielić. Wbrew stanowisku powódki ocena tych dowodów dokonana została w sposób prawidłowy, pozostający w zgodzie z zasadami rządzącymi taką oceną. Sąd Najwyższy w licznych orzeczeniach (np. wyrok z dnia 16 grudnia 2005 roku, sygn. akt III CK 314/05, wyrok z dnia 21 października 2005 roku, sygn. akt III CK 73/05, wyrok z dnia 13 października 2004 r. sygn. akt III CK 245/04, LEX nr 174185) podniósł, że skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez sąd przepisu art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem może być jedynie przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im je przyznając (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt I ACa 180/08, LEX nr 468598). Należy zaznaczyć, że to, że określony dowód został oceniony niezgodnie z intencją skarżącego, nie oznacza naruszenia wskazanego wyżej przepisu. Ocena dowodów należy bowiem do sądu orzekającego i nawet w sytuacji, w której z dowodu można było wywieść wnioski inne niż przyjęte przez sąd, nie dochodzi do naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 czerwca 2006 r., sygn. akt I ACa 1407/05, LEX nr 278415). Takich zarzutów nie sposób postawić Sądowi I instancji. Dokonana ocena dowodów w żadnym przypadku nie nosiła cech dowolności. Każdy z nich został oceniony zgodnie z jego treścią. W dalszej kolejności skonfrontowany został z pozostałym materiałem dowodowym i dopiero to porównanie stanowiło podstawę do przydania wiarygodności danemu dowodowi lub też podstawę do jej odmowy. Sąd przy tym wskazał dokładnie, z jakich przyczyn to nastąpiło. Oceny dowodów dokonał natomiast w zgodzie zarówno z zasadami doświadczenia życiowego, jak i logicznego rozumowania. Uważna analiza apelacji prowadzi do wniosku, że skarżąca nie wskazała, w czym upatruje naruszenia wspomnianych wyżej zasad rządzących oceną dowodów, co już samo w sobie uniemożliwia jakkolwiek jego weryfikacji. Co więcej zarzut ten sformułowany został wadliwie. Dla jego skuteczności nie wystarcza bowiem stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości, a do tego właśnie zmierza argumentacja skarżącej. Naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów nie można utożsamiać z błędnymi ustaleniami faktycznymi. Błędne ustalenia faktyczne mogą jedynie być konsekwencją wadliwej oceny materiału dowodowego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 19 grudnia 2008 r., sygn. akt I ACa 21/08). Ponadto sama powódka wskazała w apelacji, że Sąd poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, jednakże wywiódł z nich wadliwe wnioski. Takie stwierdzenie w ogóle nie odnosi się do oceny dowodów. W tym zakresie powódka ograniczyła się wyłącznie do przedstawienia własnego wnioskowania na podstawie ustaleń dokonanych przez Sąd I instancji.

Za prawidłową uznać należało w pierwszej kolejności ocenę dowodów z zeznań świadków Z. R., M. D., A. T. (2), B. J., K. K., M. B., Z. T., B. C., B. S., K. S. i Ł. B.. Jak słusznie zauważył Sąd I instancji zeznania powyższych osób były zgodne w zasadniczej części tj. w zakresie wiedzy pozwanej o wykonywaniu robót w charakterze podwykonawcy. Istniały więc podstawy do przydania im przymiotu wiarygodności. Nie sposób z ich treści wywieść, wbrew stanowisku skarżącej, przede wszystkim, że pozwana otrzymała kiedykolwiek umowę o podwykonawstwo, a tym samym w ten sposób powzięła wiedzę o jej zawarciu, co byłoby istotne z punktu widzenia oceny zachowania pozwanej w trakcie jej wykonywania. Tym bardziej żaden ze świadków nie wskazał, by pozwana zgodę na zawarcie takiej umowy wyraziła wprost, jednoznacznie, by złożyła w tym zakresie konkretne oświadczenie. Ponadto i to jest w rozważanej sprawie najważniejsze z zeznań wskazanych wyżej świadków nie wynika, by o wykonywaniu prac przez powódkę została poinformowana pozwana. Analiza tych zeznań wskazuje dodatkowo, że zarówno pracownicy zatrudnieni przez powódkę, jak i jej przedstawiciele byli przedstawiani jako związani z głównym wykonawcą. Część ze świadków zeznała, że powódka jest pracownikiem spółki (...), a część, że w ogóle okoliczności tej nie dociekała. Wbrew stanowisku powódki okoliczności przeciwnej nie sposób wywieść z zeznań świadka Z. B.. Zeznał on wprost, że firma powódki pracowała na czarno. Słusznie Sąd I instancji odczytał tę wypowiedź w kontekście wiedzy, a tym samym zgody pozwanej na podwykonawstwo. Trudno bowiem w sposób racjonalny wytłumaczyć, z jakich powodów, skoro pozwana miała akceptować wykonywanie prac przez powódkę, musiała ona je wykonywać w tajemnicy. Jedyny podmiot, wobec

którego sensowne było ukrywanie rzeczywistego wykonawcy robót była pozwana. Klóci się to więc z tezą prezentowaną w apelacji i w toku całego postępowania, że pozwana miała świadomość takiej sytuacji i ją akceptowała. Sam zresztą świadek wskazał, że był kierownikiem budowy, ale nieoficjalnie. Nie pamiętał też, czy ktoś go przedstawił, nie pamiętał, czy w ogóle spotykał się z przedstawicielami Gminy. Wskazywał natomiast na kontakty z inspektorami nadzoru oraz fotografującym budowę M. D. i brak ich zdziwienia, co nie jest przesądzające dla stanu wiedzy pozwanej w tym zakresie. Zeznania te są zresztą wewnątrznie sprzeczne, skoro z jednej strony miała istnieć wiedza o wykonywaniu prac przez powódkę i jednocześnie prace te miały być wykonywane na czarno. Co istotne świadek ten zeznał, że w dzienniku budowy nie było jego podpisów, pomimo, że dokonywał wpisów, przedstawiał prace do odbioru, co tylko potwierdza charakter uczestnictwa powódki w procesie budowlanym. Zasadnie Sąd nie przydał zeznaniom tego świadka przymiotu wiarygodności odnośnie wiedzy pozwanej o podwykonawstwie wobec ich sprzeczności z dowodami z zeznań świadków przedstawionych na wstępie. Podobnie za niewiarygodne uznać należało zeznania świadków L. G. oraz R. C. (2). Ten pierwszy jest mężem powódki, co oczywiście samo w sobie nie mogło stanowić podstawy zdyskwalifikowania jego zeznań w części, w której wskazywał na wiedzę pozwanej o podwykonawstwie. Zauważenia jednak wymaga sprzeczność treści zeznań tego świadka z treścią przedstawionych wcześniej dowodów, co wskazuje na próbę obrony stanowiska powódki. Przede wszystkim odnosi się to do wskazywanej przez świadka zmywy i próby ukrycia przez wójta okoliczności wykonywania prac przez podwykonawcę. Okoliczność ta nie wynika z innych dowodów zgromadzonych w sprawie, a ponadto trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla takiej postawy. Przeczy temu zresztą zachowanie pozwanej po uzyskaniu informacji o wykonywaniu prac przez powódkę, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia. Podobnie rzecz się ma z zeznaniami dotyczącymi rozmów odnośnie postępu robót, czy harmonogramu prowadzonymi z M. D.. Ten ostatni nie potwierdził tej okoliczności wskazując, że nie wie czy rozmawiał na ten temat ze świadkiem. Podobnej oceny dokonać należy odnośnie zeznań świadka R. C. (1). Są one częściowo sprzeczne nawet z zeznaniami świadka L. G., chociażby w kwestii oficjalnej prezentacji przedstawicielom Gminy. Zasadna była w tym zakresie również argumentacja Sądu I instancji odnośnie kwestii rozmów na temat wycinki drzewa. Oczywiście rację ma skarżąca wskazując, że dla oceny stanu wiedzy pozwanej nie ma znaczenia kwestia, czy rozmowy prowadzone były z wójtem, czy z wice-wójtem, albowiem obaj reprezentowali Gminę. Rzecz jednak w tym, że obaj świadkowie wskazywali na te samo zdarzenie odmiennie przedstawiając jego uczestników, co decydowało o odmowie uznania ich za wiarygodne, albowiem nie sposób na ich podstawie uznać, że do takiej rozmowy rzeczywiście doszło. Należy też mieć na względzie, że z zeznań samego wójta wynikało, że na budowie był raz i w tym czasie na budowie nie było nikogo. Rozstrzygające dla oceny, czy pozwana w sposób dorozumiany wyraziła zgodę na wykonywanie części prac przez podwykonawcę było jej zachowanie zarówno przed zawarciem umowy pomiędzy powódką a spółką (...), jak i po dowiedzeniu się o podwykonawstwie, co miało miejsce w lutym 2010 r. Przede wszystkim spółka ta zwróciła się do pozwanej pismem z dnia 21 sierpnia 2009 r. (karta 369 akt) o wyrażenie zgody na wykonanie części prac przez podwykonawcę. Wskazała przy tym wprost, że podwykonawcą miała być powódka. Jak wynika z zeznań K. S. (karty 763 – 765 akt) pozwana nie wyraziła na to zgody. Okoliczności te znalazły potwierdzenie w zeznaniach świadków M. B. (karty 684 – 688 akt) oraz Z. T. (karty 688 – 691 akt). Potwierdza to również treść pisma spółki (...) z dnia 1 września 2009 r. (karta 368 akt), z której wynika, że wniosek został ostatecznie cofnięty. Należy zaznaczyć, że przywołani świadkowie zgodnie wskazali, że nie kierowali ponownie wniosku w tym zakresie do gminy, albowiem mieli świadomość, że pozwana nie zgodzi się na zatrudnienie podwykonawcy, a w razie nacisków ze strony wykonawcy istniało ryzyko odstąpienia od umowy przez pozwaną. Co jednak dla rozstrzygnięcia sprawy najważniejsze zeznali, że spółka (...) zdecydowała się na realizację inwestycji i zawarcie umowy z powódką pomimo braku zgody inwestora przy założeniu, że inwestor nie zostanie poinformowany o udziale powódki w realizacji prac budowlanych. Słusznie w kontekście treści tych zeznań zauważył Sąd Okręgowy, że tłumaczy to brak przedstawienia dokumentacji czy samej umowy nie mówiąc już o kierowaniu formalnego pisma zawierającego zapytanie o zgodę. Wyklucza to jednocześnie wyrażenie zgody przez pozwaną na wykonywanie prac przez powódkę. Nie sposób bowiem uznać, że z jednej strony wykonawca ukrywa okoliczność funkcjonowania na budowie podwykonawcy, a z drugiej strony pozwana o tym wie i stan taki akceptuje. Podkreślenia wymaga, że nie jest możliwe wobec tak jednoznacznego stanowiska pozwanej przed przystąpieniem do prac, przyjęcie, że w dalszym toku inwestycji wiedziała o ich wykonywaniu przez powódkę. Ci sami świadkowie zeznali dodatkowo, że mieli świadomość braku zgody pozwanej i że zwarli umowę o podwykonawstwo z nadzieją, że pozwana o tym się nie dowie. Korespondują one z przywołanymi zeznaniami świadka Z. B., który wskazywał na pracę na czarno. Istotne jest również zachowanie

pozwanej po powzięciu wiedzy o wykonywaniu prac przez powódkę. Pozwana zwróciła się do wykonawcy, czyli spółki (...) o wyjaśnienie tej sytuacji. Taka reakcja nie byłaby uzasadniona w sytuacji, gdyby rzeczywiście wiedzę o zatrudnieniu powódki posiadała i się z tym godziła. Na brak akceptacji podwykonawcy wskazuje również zwrócenie się do pozwanej o podjęcie działań mających na celu przywrócenia stanu zgodnego z umową, co w praktyce oznaczało rozwiązanie umowy z podwykonawcą. Z tego też powodu odbyło się najpierw spotkanie z powódką i jej mężem, a później wszystkich zainteresowanych. W tym kontekście za zupełnie pozbawione podstaw było odwoływanie się przez skarżącą do okoliczności związanych z prowadzonymi rozmowami, w tym także odnośnie rozliczeń. Nie sposób uznać ich za przejaw zgody na wykonanie prac przez podwykonawcę, a jedynie na próbę rozwiązania zaistniałej i zaskakującej dla pozwanej sytuacji. Jak zeznał K. S., „celem tego spotkania było, żeby dwie firmy rozstały się i wzajemnie rozliczyły”. Wskazał on dodatkowo, że „pozwanej zależało na wykonaniu prac, a skoro firma wygrała przetarg i nielegalnie zatrudniła podwykonawcę to pozwanej z kolei zależało na tym, by sprawy pozatłatwić i by umowa kontynuowana była już przez firmę, która wygrała przetarg”. Tylko więc w tym kontekście odczytywać należy spotkania pozwanej z wykonawcą i podwykonawcą. W żadnym przypadku, wbrew stanowisku skarżącej, nie można w nich upatrywać ostatecznej akceptacji wykonywania prac przez podwykonawcę. Były to wyłącznie próby rozwiązania zaistniałej sytuacji podejmowane już po powzięciu wiedzy o zatrudnieniu dodatkowej firmy. Okoliczności te potwierdził w swoich zeznaniach świadek M. D. (karty 623 – 624 akt) wskazując na zaskoczenie pozwanej funkcjonowaniem na budowie podwykonawcy oraz doprowadzenie do rozwiązania umowy z podwykonawcą przez spółkę (...). Świadek ten wskazał, że rozważano możliwość rozwiązania umowy ze spółką (...), że z opinii prawnika wynikało, że jeżeli wykonawca wyprowadzi podwykonawcę z budowy i rozliczy się z nim, to umowa nie będzie musiała zostać rozwiązana i zostanie przywrócony stan zgodny z umową i w tym kontekście prowadzone były rozmowy odnośnie rozliczeń.

Wbrew argumentacji prezentowanej w apelacji odnośnie kontaktów pracowników powódki, czy też jej samej z przedstawicielami pozwanej, uznać należało za słuszne ustalenie sądu, zgodnie z którym kontakty te nie mogły świadczyć o wiedzy, o świadomości Gminy co do wykonywania prac przez podwykonawcę, nie mówiąc już o zgodzie na taki stan rzeczy. Systematyzując te kwestie należy wskazać, że tego rodzaju wnioski wysnuwane były z kontaktów powódki lub jej pracowników z samym wójtem, w dalszej kolejności z M. D. i wreszcie z inspektorami nadzoru. Jak już wspomniano wcześniej z zeznań K. S. wynika, że na budowie był tylko raz i to w dniu, w którym na budowie nie było żadnych pracowników. Nie sposób więc uznać, by mógł on dokonać jakichkolwiek obserwacji odnośnie ewentualnego wykonywania prac przez pracowników powódki. Jednocześnie przeczy to zeznaniom dotyczącym prowadzenia z nim rozmów odnośnie kwestii związanych z realizacją prac. Ponownie wskazać też należy na sprzeczność zeznań świadków L. G. i R. C. (1) odnośnie rozmów na temat wycinki drzewa. Żadne inne dowody, za wyjątkiem zeznań powódki nie wskazują natomiast na prowadzenie jakichkolwiek rozmów bezpośrednio z tą osobą. Tym samym brak podstaw do wiązania z nimi wiedzy pozwanej o podwykonawcy i prowadzonych przez niego pracach. Takiej samej oceny dokonać należy odnośnie akcentowanej w apelacji kwestii prowadzenia rozmów z M. D.. Jak sam zeznał (karty 623 – 625 akt) spotkał się z powódką tylko dwa razy i to już po ujawnieniu jej obecności na budowie w połowie lutego 2010 r. Na budowie był siedmiokrotnie robiąc zdjęcia. Co najistotniejsze zeznał, że dla niego oczywiste było, że roboty wykonuje spółka (...), na budowie z firmą powódki się nie spotkał, nie widział jej samochodów, czy też pracowników z logo jej firmy. Wskazał nawet, że przed rozprawą przeglądał zrobione przez siebie zdjęcia i na żadnym z nich nie było logo firmy powódki. Zeznał wreszcie, że przed lutym 2010 r. nie dochodziły do niego sygnały, że na budowie jest podwykonawca. Podniósł też, że rozmawiał o postępie prac z osobą, którą traktował jako majstra. Reasumując więc także ta osoba nie miała świadomości wykonywania prac przez podwykonawcę, a tym samym nie można z jej obecnością na budowie wiązać skutku w postaci dorozumianej zgody pozwanej na podwykonawstwo. Podobnej oceny dokonać należy odnośnie inspektorów nadzoru. Przede wszystkim podnieść należy, na co zresztą zasadnie zwrócił uwagę Sąd I instancji, że inspektorzy nadzoru nie byli bezpośrednio zatrudnieni przez pozwaną. Ta zawarła bowiem umowę z innym podmiotem, który miał sprawować nadzór inwestorski i w którym zatrudnieni byli inspektorzy nadzoru. Stąd też brak podstaw do automatycznego uznawania, jak czyni to powódka w apelacji, że ewentualna wiedza inspektorów o funkcjonowaniu podwykonawcy oznaczała także wiedzę w tym zakresie samego inwestora. Brak jakichkolwiek podstaw do utożsamiania tych dwóch kwestii. W aktach sprawy brak dowodów, z których wynikałoby, że inspektorzy spotykali się z wójtem i przekazywali mu informacje z budowy, w tym tę kluczową dla rozstrzygnięcia sprawy. Nawet więc, gdyby przyjąć, że inspektorzy nadzoru tego rodzaju wiedzę posiadali, nie

można uznać, że przekazali ją pozwanej. Oczywiście rację ma Sąd I instancji wskazując przy tym na rolę, jaką pełnili oni na budowie i brak obowiązku badania relacji występujących pomiędzy poszczególnymi uczestnikami procesu budowlanego. Z zeznań tych osób nie wynika jednak, by wiedzę o podwykonawcy rzeczywiście posiadali. Świadek Z. R. zeznał (karty 621 – 622 akt), że nie pamięta, by w rozmowach, w których uczestniczył pojawiło się nazwisko powódki, że nie widział logo jej firmy, że żaden z kierowników budowy nie informował o obecności podwykonawcy na budowie, że nie wiedział skąd są pracownicy, że nie zetknął się z firmą powódki. Z kolei świadek A. T. (2) wskazał (karty 626 – 628 akt), że po informacji z Gminy o podwykonawcy dokonał wpisu w dzienniku budowy, że prace wykonywała spółka (...), że od niej były odbierane prace, że nie było pracowników z logo firmy powódki. Nie można też, wbrew odmiennym zapatrywaniom skarżącej, wniosku o wiedzy pozwanej i zgodzie na podwykonawcę wiązać z zeznaniami trzeciego z inspektorów nadzoru – K. M. (1) (karty 722 – 724 akt). Wskazała ona, że powódka chciała podpisać jakiś protokół, ale została poinformowana, iż nie jest stroną, nie jest na budowie zatrudniona. Co jednak najważniejsze świadek jednoznacznie zeznała, że nie było jej wiadomym, czy na budowie są podwykonawcy. Nie zetknęła się też z nazwą (...) i żadne dokumenty z tej firmy do niej nie trafiły. Podkreślenia wymaga ta część zeznań, w której świadek wskazała, iż raz na budowie była obecna osoba siedząca na sali rozpraw (powódka), ale przez prezesa spółki E. M. B. została przedstawiona jako pracownik jego firmy. To natomiast tłumaczy odmowę podpisania protokołu odbioru. Nie poparte natomiast żadnymi dowodami jest zawarte w apelacji stwierdzenie, zgodnie z którym o przedstawieniu do podpisu protokołu odbioru robót przez powódkę została powiadomiona Gmina. Twierdzenie takie jest więc czystą spekulacją. Brak jakichkolwiek podstaw do uznania, że informację taką automatycznie przekazała pozwanej. Należy zwrócić uwagę, że jak wskazano wyżej, do świadka nie trafiły żadne dokumenty z firmy powódki, co oznacza, że również przedłożony protokół nie zawierał takiego określenia.

Reasumując stwierdzić należy, że Sąd I instancji w sposób właściwy ocenił materiał dowody i na jego podstawie prawidłowo ustalił, że pozwana nie posiadała wiedzy o podwykonawcy, a tym samym nie wyraziła zgody na wykonywanie przez niego prac. Wiedzy tej nie powzięła ani z obserwacji czy rozmów wójta z powódką, ani z kontaktów z jej pracownikami inspektorów nadzoru, ani wreszcie z takich kontaktów M. D..

Niezależnie jednak od powyższej okoliczności, jak zasadnie zwrócił uwagę Sąd I instancji, sama wiedza, czy tolerowanie podwykonawcy (co oczywiście nie zostało w sprawie wykazane) nie była wystarczająca dla ustalenia solidarnej odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Nie ulega wątpliwości, że dorozumiane, czynne wyrażenie zgody na zawarcie takiej umowy nie jest uzależnione od przedstawienia inwestorowi umowy wraz ze stosowną dokumentacją. Inwestor nie musi więc znać treści całej umowy (jej projektu). Warunkiem jednak powstania omawianej odpowiedzialności jest znajomość tych elementów, które konkretyzują daną umowę i decydują o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wynagrodzenie podwykonawcy. Elementami tymi są przede wszystkim zakres prac powierzonych zindywidualizowanemu podmiotowo podwykonawcy oraz jego wynagrodzenie, w szczególności sposób jego ustalenia czy też jego dochodzenia (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26 kwietnia 2013 r., sygn. akt I ACa 109/13, LEX nr 1314664, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 sierpnia 2012 r., sygn. akt I ACa 134/12, LEX nr 1246914). Znajomość istotnych postanowień umowy nie musi zresztą pochodzić od wykonawcy lub podwykonawcy, może mieć dowolne źródło i nie musi być ukierunkowana na wyrażenie zgody na zawarcie umowy podwykonawczej (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 9 kwietnia 2013 r., sygn. akt I ACa 20/13, LEX nr 1314788). Podkreślenia wymaga, że chodzi o stworzenie inwestorowi możliwości zapoznania się z ww. istotnymi postanowieniami umownymi, przy czym może to nastąpić zarówno przed zawarciem umowy, jak i po zawarciu takiej umowy. Sąd Najwyższy w cytowanej już uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 29 kwietnia 2008 r. (sygn. akt III CZP 6/08, OSNC 2008, Nr 11, poz. 121) wyraźnie wskazał, że nie ma podstaw do rozciągania wymagań dotyczących skuteczności milczenia inwestora na wypadki dorozumianego wyrażenia przez niego zgody w sposób czynny, to jednak zgoda wyrażona w taki sposób musi dotyczyć konkretnej umowy, o określonej treści zawartej ze zindywidualizowanym podmiotem w zakresie wszystkich istotnych postanowień, szczególnie tych, które decydują o wysokości wynagrodzenia (tak też Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 lutego 2010 r., sygn. akt III CSK 152/10, czy w wyroku z dnia 6 października 2010 r., sygn. akt II CSK 210/10, OSNC 2011/5/59). Jak z powyższego wynika, skoro zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. inwestor odpowiada za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, a jego solidarna odpowiedzialność z wykonawcą ma charakter ustawowej solidarnej

odpowiedzialności gwarancyjnej za cudzy dług, on zaś sam pełni rolę ustawowego poręczyciela gwarancyjnego wykonawcy, to warunkiem tej odpowiedzialności jest to, aby znał lub miał możliwość poznania tych postanowień umowy wykonawcy z podwykonawcą, które wyznaczają zakres jego odpowiedzialności. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 2 grudnia 2011 r. (sygn. akt VI ACa 690/11, LEX nr 1103601) zaznaczył, że o kreślenie "zakres robót" nie jest równoznaczne z takimi określeniami jak: "część robót", "wielkość robót", a w szczególności "wielkość procentowa robót", jakie powierzone zostaną podwykonawcy, zatem w umowie należy wyraźnie wskazać, jakie konkretnie roboty (zadania) budowlane objęte są zakresem wskazanym w art. 647<sup>1</sup> § 1 k.c. Zgoda bowiem inwestora wyrażona w sposób dorozumiany czynny na zawarcie umowy wykonawcy z podwykonawcą jest skuteczna, gdy dotyczy konkretnej umowy, której istotne postanowienia decydujące o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy są znane inwestorowi, albo z którymi miał możliwość zapoznania się.

W świetle art. 6 k.c. w zw. z art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie pierwsze i § 5 k.c., ciężar udowodnienia tego, że inwestor wyraził zgodę na zawarcie umowy o roboty budowlane wykonawcy z podwykonawcą, spoczywa na podwykonawcy, on bowiem z tego faktu wywodzi skutki prawne. Jeżeli inwestor twierdzi, że zgody takiej nie wyraził również w sposób dorozumiany oraz że nie znał istotnych postanowień umowy wykonawcy z podwykonawcą, podwykonawca powinien udowodnić także świadomość inwestora co do tych okoliczności, wyznaczających zakres jego odpowiedzialności za wynagrodzenie podwykonawcy lub to, że z postanowieniami tymi inwestor mógł się zapoznać. W rozważanej sprawie powódka nie sprostала tak zakreślonym obowiązkom dowodowym. W aktach sporawy brak dowody, z którego wynikałoby, że pozwana nawet posiadając wiedzę o wykonywaniu prac przez podwykonawcę obejmowała swoją świadomością istotne elementy umowy łączącej powódkę ze spółką (...). Jak już wskazano umowa taka nie została w ogóle pozwanej przedstawiona. Jednocześnie brak podstaw do jej utożsamiania z zapytaniem o zgodę na podwykonawstwo wystosowanym w piśmie z dnia 21 sierpnia 2009 r. Zapytanie nie jest bowiem równoznaczne z określeniem istotnych postanowień, które miałyby się znaleźć w później zawartej umowie. Nie jest w tym zakresie wystarczające ogólne, czy przybliżone określenie prac, które wykona podwykonawca. Konieczna jest w tym zakresie konkretna i precyzyjna wiedza. Odnosić się ona powinna nie tylko do zakresu prac, ale również do kwestii wysokości ustalonego wynagrodzenia pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą. Zgoda powinna dotyczyć ściśle określonej umowy. W rozważanej sprawie warunek ten nie został spełniony, co wyłącza odpowiedzialność pozwanej określona w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.

Sąd uznał za spóźnione, a ponadto nieprzydatne dla rozpoznania sprawy wnioski dowodowe zawarte w piśmie procesowym powódki z dnia 27 sierpnia 2013 r. Dotyczyły one zeznań świadków Z. K. (2), J. N. oraz A. Ł., a także zdjęć. Zgodnie z treścią przepisu art. 381 k.p.c. prawo do nowości ograniczone zostało na etapie postępowania apelacyjnego do sytuacji, w których nowe dowody, czy twierdzenia nie mogły zostać przedstawione wcześniej lub potrzeba ich powołania powstała dopiero w tym momencie, przy czym to strona zgłaszająca takie dowody, musi wykazać, że zaistniała przynajmniej jedna z tych przesłanek. W rozważanej sprawie istota powołania nowych dowodów sprowadzała się do wykazania okoliczności posiadania przez pozwaną wiedzy o zatrudnieniu podwykonawcy, oczywiście w kontekście wyrażenia na to zgody. Potrzeba więc powołania nowych dowodów istniała od początku postępowania, albowiem to właśnie te okoliczności decydowały o zastosowaniu normy art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c. Jednocześnie powódka nie wykazała, że wcześniejsze przedstawienie dowodów nie było możliwe. Zupełnie bowiem nieweryfikowalne są jej twierdzenia o braku posiadania wiedzy o danych adresowych powołanych świadków, czy też zagubieniu i późniejszym odnalezieniu zdjęć. Niezależnie od tego okoliczności dotyczące, czy to dowożenia pracowników powódki samochodem oznaczonym jej logo, czy też utrzymywania kontaktów towarzyskich pomiędzy wójtem a prezesem spółki E. nie mogły zostać uznane za istotne dla rozstrzygnięcia sprawy wobec przedstawionej wcześniej argumentacji dotyczącej tego, że nawet świadomość funkcjonowania na budowie podwykonawcy nie była wystarczająca dla uznania jej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia dla podwykonawcy, gdyż konieczna była w tym względzie jeszcze świadomość przynajmniej istotnych postanowień umowy o podwykonawstwo. Same w sobie utrzymywanie stosunków towarzyskich przez wskazane w piśmie powódki osoby nie przesądzało o wiarygodności lub brak złożonych zeznań. Zupełnie niezrozumiałą jest natomiast wniosek dotyczący zeznań świadka A. Ł. wobec

braku przedstawienia jej roli w procesie budowlanym i tym samym znaczenia ewentualnych jej rozmów z powódką dla wiedzy pozwanej o realizacji prac przez podwykonawcę.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, apelację powódki jako bezzasadną należało na podstawie art. 385 k.p.c. oddalić.

Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu w postępowaniu apelacyjnym stanowiły przepisy art. 108 k.p.c., art. 98 § 1 i 3 k.p.c., oraz art. 107 k.p.c. Zgodnie z pierwszym z nich, sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji. Jednocześnie art. 98 § 1 k.p.c. stanowi, że strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). Zgodnie natomiast z treścią art. 107 k.p.c. interwenient uboczny, do którego nie mają zastosowania przepisy o współuczestnictwie jednolitym, nie zwraca kosztów przeciwnikowi strony, do której przystąpił. Sąd może jednak przyznać od interwenienta na rzecz wygrywającego sprawę przeciwnika strony, do której interwenient przystąpił, zwrot kosztów wywołanych samoistnymi czynnościami procesowymi interwenienta. Sąd może także przyznać interwenientowi koszty interwencji od przeciwnika obowiązanego do zwrotu kosztów.

Powódka przegrała sprawę wywołana swoją apelacją, stąd zobowiązana była zwrócić przeciwnikowi (pозwanej i interwenientowi ubocznemu) poniesione przez niego koszty, na które składały się wyłącznie koszty zastępstwa procesowego w kwocie 5.400 zł ustalone na podstawie § 6 pkt. 7 i § 12 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1349 z późniejszymi zmianami).

SSO (del.) T. Żelazowski SSA A. Sołtyka SSA M. Gołuńska