

Sygn. akt I ACa 649/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 grudnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Iwona Wiszniewska
Sędziowie:	SA Wiesława Kaźmierska (spr.) SA Agnieszka Sołtyka
Protokolant:	sekr.sądowy Magdalena Stachera

po rozpoznaniu w dniu 28 listopada 2012 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

wZ. G.

przeciwko Gminie O. L.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim

z dnia 17 lipca 2012 r., sygn. akt I C 56/12

I. **oddala apelację,**

II. **zasądza od powódki na rzecz pozwanej kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Wiesława Kaźmierska Iwona Wiszniewska Agnieszka Sołtyka

Sygn. akt I ACa 649/12

UZASADNIENIE

(...) spółka z o.o. z siedzibą w Z. G. wniosła o zasądzenie od gminy O. L. i M. I. spółki z o.o. z siedzibą w W. solidarnie kwotę 117312,76 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od kwoty 100 656,10 zł od dnia 16 lipca 2011 r. do dnia zapłaty, kwoty 16 656,66 zł od dnia 8 sierpnia 2011 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów procesu.

W uzasadnieniu powódka wskazała, że w dniu 19 lipca 2010 r. gmina O. L. zawarła z (...) sp. z o.o. w W. umowę, której przedmiotem było zagospodarowanie terenu przyszkolnego na obiekty sportowe - boisko Orlik 2012. Powódka jako podwykonawca na podstawie umowy ramowej z (...) sp. z o.o. w W. wykonała na rzecz gminy O. L. nawierzchnię trawiastą i nawierzchnię polituranową na boiska sportowe. Ostatecznie wynagrodzenie ustalono na kwotę 854 850 zł. Dodatkowo za zgodą gminy powódka wykonała bieżnię, mieszczącą się w zakresie robót dodatkowych. Jako zabezpieczenie płatności powódka zawarła z (...) sp. z o.o. w W. umowę cesji wierzytelności, w ramach której, cedent przeniósł na cesjonariusza wierzytelności przyszłe przysługujące mu od gminy O. L.. Pomimo dokonania odbioru końcowego robót (...) sp. z o.o. w W. nie zapłacił na rzecz powódki pełnej należności. Należności nie zapłaciła również gmina, która naliczyła karę umowną za opóźnienie w realizacji inwestycji. Zdaniem powódki gmina ponosi solidarną odpowiedzialność wraz z głównym wykonawcą za niezapłacone zobowiązania wobec podwykonawcy. Odpowiedzialności tej nie wyłącza podpisanie w dniu 17 marca 2011 r. oświadczenie o zrzeczeniu się solidarnej odpowiedzialności, bowiem była to czynność zmierzająca do obejścia prawa.

W sprzeciwie od wydanego w niniejszej sprawie nakazu zapłaty pozwana gmina O. L. wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu.

W uzasadnieniu pozwana zaprzeczyła, by ponosiła odpowiedzialność solidarną z (...) sp. z o.o. w W.. Pozwana nie wyrażała zgody na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą zaś spółka (...) nie zwracała się do pozwanej o wyrażenie zgody na zaangażowanie podwykonawcy. Nadto powódka w dniu 17 marca 2011 r. rzekła się odpowiedzialności solidarnej wobec pozwanej i wszelkich roszczeń wobec gminy.

Pozwana (...) sp. z o.o. w W. nie wniosła sprzeciwu do nakazu zapłaty. Nakaz zapłaty wobec (...) sp. z o.o. w W. uprawomocnił się z dniem 4 stycznia 2012 r.

Wyrokiem z 17 lipca 2012r. Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim oddalił powództwo oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 3 600 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 19 lipca 2010 r. gmina O. L. zawarła umowę z (...) sp. z o.o. w W.. Przedmiotem umowy było wykonanie zagospodarowania terenu przyszkolnego na obiekty sportowe - budowa kompleksu sportowego „Moje boisko - Orlik 2012” przy (...) w O. L.. Termin zakończenia robót nastąpić miał nie później niż do dnia 15 listopada 2010 r. Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 2 069 917,94 zł. Strony zastrzegły, że wykonawca nie może zbywać na rzecz osób trzecich wierzytelności powstałych w wyniku realizacji niniejszej umowy. Uregulowano również możliwość zawierania umów z podwykonawcą, zastrzegając że podwykonawca musi posiadać kwalifikację do wykonania prac. Wykonawca zobowiązany został do zwrócenia się do gminy z wnioskiem o wyrażenie zgody na podwykonawcę. Wraz z wnioskiem (...) sp. z o.o. w W. miała przedstawić umowę lub projekt umowy z podwykonawcą. Umowa (projekt umowy) z podwykonawcą powinna w szczególności zastrzegać spełnienie przez podwykonawcę wymagań związanych z gwarancją i rękojmią. Gmina miała 14 dni na zgłoszenie sprzeciwu lub zastrzeżeń i żądać zmiany wskazanego podwykonawcy. Aneks nr 1 z dnia 19 lipca 2010 r. zmieniono datę wykonania przedmiotu umowy na 30 kwietnia 2011 r. Umową z dnia 16 maja 2011 r. uregulowano zakres rzeczowy robót uzupełniających do umowy podstawowej.

W dniu 5 sierpnia 2010 r. (...) sp. z o.o. w W. zawarła umowę z (...) sp. z o.o. w Z. G. stanowiącą aneks nr 9 do umowy z dnia 16 lutego 2009 r. a polegającą na wykonaniu nawierzchni trawiastej, wykonaniu nawierzchni poliuretanowej typu (...). W dniu 1 lutego 2011 r. (...) sp. z o.o. w Z. G. zawarła z (...) sp. z o.o. w W. porozumienie do aneksu, na mocy którego zmieniono termin realizacji protokolarnego przekazania placu budowy na 20 kwietnia 2011 r. i ustalono wynagrodzenie w kwocie 854 850 zł brutto.

(...) sp. z o.o. w Z. G. w listopadzie 2010 r. uczestniczył w radzie budowy, lecz podpisywał się jako przedstawiciel wykonawcy (...) sp. z o.o. w W.. Na przełomie stycznia lutego 2011 r. gmina O. L. uzyskała informacje, że część prac była wykonywana przez podwykonawców, którym (...) sp. z o.o. w W. nie płacił za wykonane prace. Gmina zwróciła się do (...) sp. z o.o. w W. o przedłożenie umów z podwykonawcami. W lutym 2011 r. pozwana gmina otrzymała niekompletną

dokumentację dotyczącą umów. Na spotkaniu w dniu 3 marca 2011 r. gmina uzyskała pełną informację o zakresie prac wykonywanych przez podwykonawców i należnych im kwot. Gmina by uniknąć solidarnej odpowiedzialności z głównym wykonawcą zaproponowała zawarcie umów cesji przez głównego wykonawcę z podwykonawców należności przysługujących od gminy oraz zrzeczenie się solidarności roszczeń przez podwykonawców. W dniu 17 marca 2011 r. (...) sp. z o.o. w W. zawarła umowę cesji wierzytelności ze spółką (...) z Z. G., jaka będzie mu przysługiwać od gminy O. L. w związku z budową kompleksu sportowego „Moje Boisko Orlik 2012” do łącznej kwoty 830 942 zł brutto. Umowę zawarto pod warunkiem, że cedent i gmina O. L. zawrą porozumienie w przedmiocie zmiany terminu wykonania budowy boisk sportowych. W dniu 17 marca 2011 r. (...) sp. z o.o. w Z. G. oświadczyła, iż realizuje prace na zlecenie spółki (...) sp. z o.o. w W. polegające na wykonaniu m.in. nawierzchni trawiastej i nawierzchni poliuretanowych na budowie boisk sportowych w kompleksie „Moje Boisko Orlik 2012” w O. L.. Spółka (...) w Z. G. oświadczyła, iż zrzeka się solidarności mogącej wynikać z treści art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c. i nie będzie dochodzić od gminy O. L. jakichkolwiek roszczeń, w tym roszczeń przyszłych z tytułu zapłaty za obecnie, jak i w przyszłości wykonane roboty wynikające z zakresu rzeczowego umowy z dnia 19 lipca 2010 r. Spółka (...) w Z. G. oświadczyła, że zrzeka się wobec gminy O. L. wszelkich roszczeń, w tym roszczeń przyszłych z tytułu zapłaty za obecnie, jak i w przyszłości wykonane roboty przy budowie kompleksu sportowego „Moje Boisko Orlik 2012”. Gmina O. L. wyraziła zgodę na zrzeczenie się solidarności i zrzeczenie się roszczeń.

W dniu 20 czerwca 2011 r. (...) sp. z o.o. w (...) sp. z o.o. w Z. G. zawarły umowę cesji, na podstawie której (...) sp. z o.o. w W. przeniósł na (...) sp. z o.o. w Z. G. przyszłą wierzytelność do łącznej kwoty 104 513,60 zł brutto.

W dniu 15 czerwca 2011 r. (...) sp. z o.o. w Z. G. wystawił fakturę VAT dla nabywcy - (...) sp. z o.o. w W. w kwocie 854 850 zł. W dniu 8 lipca 2011 r. (...) sp. z o.o. w Z. G. wystawił fakturę VAT dla nabywcy - (...) sp. z o.o. w W. w kwocie 16 656,66 zł.

W dniach 10 czerwca 2011 r. nastąpił częściowy odbiór prac budowlanych w którym stwierdzono usterki i wyznaczono termin końcowego odbioru na 17 czerwca 2011 r. W dniu 27 czerwca 2011 r. nastąpił odbiór końcowy prac.

Po dokonaniu powyższych ustaleń Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że powództwo jest niezasadne.

Sąd pierwszej instancji zważył, że celem 647¹ k.p.c. jest przeciwdziałanie niepłaceni wynagrodzenia za prace wykonane przez podwykonawców - małych i średnich przedsiębiorców. Realizacja tego założenia polegać ma na przyjęciu solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy oraz podwykonawcy zawierającego umowę z kolejnym podwykonawcą za zobowiązania powstałe w związku z wykonywaniem robót budowlanych na rzecz inwestora, na podstawie umowy zawartej z wykonawcą lub podwykonawcą. Obarczeniu inwestora solidarną odpowiedzialnością wobec podwykonawców towarzyszy zabezpieczenie jego interesu przez uzależnienie zawarcia przez wykonawcę umów z podwykonawcami od akceptacji tych umów przez inwestora oraz przez uzależnienie możliwości zawarcia umowy przez podwykonawcę z dalszym podwykonawcą od zgody wykonawcy i inwestora. Dążenie projektodawcy do wyeliminowania wątpliwości dotyczących praw i obowiązków stron stało się przyczyną wprowadzenia szczególnej formy zawarcia umowy z podwykonawcą i dalszym podwykonawcą, tj. formy pisemnej pod rygorem nieważności. Sąd Okręgowy wyjaśnił, że zgoda inwestora ma dotyczyć konkretnej umowy, o określonej treści, zawartej lub przynajmniej wstępnie uzgodnionej ze zindywidualizowanym podmiotem w zakresie wszystkich istotnych postanowień, szczególnie tych, które decydują o wysokości wynagrodzenia. Zestawienie § 1 i § 2 w art. 647 k.c. wskazuje, że nie wystarczy udzielona z góry zgoda blankietowa na umowę o jakiegokolwiek treści z jakimkolwiek wykonawcą. Za taką interpretacją, co podkreślano w orzecznictwie, przemawia potrzeba zapewnienia należytej ochrony także inwestorowi. Zgoda inwestora w każdym wypadku będzie zatem skuteczna tylko wtedy, gdy będzie dotyczyła konkretnej umowy. 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. Aby można przyjąć, że milczenie inwestora oznacza jego zgodę, treść przedłożonej umowy lub jej projektu powinna

obejmować wszystkie postanowienia istotne przy określaniu zakresu odpowiedzialności solidarnej inwestora. Treść dostarczonej umowy (projektu) wyznacza granice solidarnej odpowiedzialności inwestora (wykonawcy), milczące wyrażenie zgody odnosi się bowiem jedynie do zobowiązań wynikających z przedłożonych dokumentów. Sąd Okręgowy podzielił jednocześnie stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 28 czerwca 2006 r., III CZP 36/06, że przedstawienie dokumentacji nie oznacza prostego jej doręczenia, lecz jest działaniem kierunkowym, którego realizacja wymaga wskazania adresatowi przyczyny dostarczenia mu zestawu dokumentów. Zgoda inwestora na umowę między wykonawcą a podwykonawcą, może być wyrażona w dowolny sposób dostatecznie ją ujawniający (art. 60 k.c.). Inwestor może wyrażać ją w sposób wyraźny pisemnie bądź ustnie, albo poprzez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę. Przepis art. 647¹ § 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. Ustawodawca zakłada, że jeżeli inwestor zgodę w sposób czynny wyraża, to wie co robi i nie jest już potrzebny żaden mechanizm obronny.

W ocenie Sądu pierwszej instancji, okolicznością bezsporną w sprawie było, że pozwanej Gminie nie została przedłożona umowa między wykonawcą a podwykonawcą. Tym samym nie mógł rozpocząć bieg termin do wyrażenia sprzeciwu lub zastrzeżeń, o którym mowa w art. 647⁽¹⁾ § 2 k.c. Gmina nie mogła wyrazić zgody w sposób bierny. Przekazanie kopii umów łączących wykonawcę z powodem gminie w lutym 2011 r. nie mogło być skuteczne, bowiem dokumenty te były niekompletne, nie zawierały aneksów, w istotny sposób zmieniające treść zobowiązania wykonawcy i podwykonawcy, a tym samym zakres odpowiedzialności solidarnej inwestora. Sąd Okręgowy ustalił, iż Gmina już w listopadzie 2010 r. uzyskała informację o pracach wykonywanych przez firmę (...), bowiem jej przedstawiciel uczestniczył w radzie budowy. Powód nie przedstawił jednakże żadnych dokumentów, z których wynikałoby, że inwestor (pозwana Gmina) akceptowała obecność powoda na placu budowy i zakres prac przez nich wykonywanych. Do marca 2011 r. brak jest jakichkolwiek dokumentów świadczących o tym, że pozwana Gmina akceptuje, nawet w sposób dorozumiany, wykonywanie prac budowlanych przez firmę (...) sp. z o.o. w Z. G.. Wiedza Gminy odnośnie udziału podwykonawców ograniczała się tylko do tego, że takowi byli i nie mieli płacone na czas przez głównego wykonawcę. W lutym 2011 r. Gmina otrzymała niepełną dokumentację dotyczącą umów z podwykonawcami. Powód nie wykazał, że pozwanej Gminie została przesłana pełna dokumentacja. Ustalenie zakresu wykonanych przez podwykonawców prac, należnych im wynagrodzeń nastąpiło dopiero 3 marca 2011 r. w czasie pierwszego spotkania burmistrza Gminy, z (...) sp. z o.o. w W. i podwykonawcami. W niedalekim odstępie czasowym - 17 marca 2011 r. - doszło do ponownego spotkania inwestora, wykonawcy i podwykonawców, w czasie którego podwykonawcy złożyli pisemne oświadczenie o zrzeczeniu się solidarności z art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c. i roszczeń za wykonane i w przyszłości wykonane prace wynikające z umowy łączącej (...) sp. z o.o. w Z. G. z (...) sp. z o.o. w W.. Powyższe zachowanie pozwanej Gminy jednoznacznie i w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje, iż nie zamierzała ponosić solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom - w tym powodowej Spółce - wspólnie z głównym wykonawcą - Spółką (...) sp. z o.o. w W.. Zdaniem Sądu Okręgowego, oświadczenie o zrzeczeniu się solidarności było przejawem wykonywania przysługującego inwestorowi prawa wyrażenia sprzeciwu co do objęcia go odpowiedzialnością solidarną. Nie można więc uznać, że zmierzało do obejścia prawa. Zdaniem orzekającego Sądu, powódka nie została wprowadzona podstępnie w błąd, a wskazane oświadczenie podpisała świadomie. Powódka upatrywała podstępu przedstawiciela pozwanej i swojego błędu w tym, iż nie wiedziała, że przedstawiciel Gminy zamierzał dokonać potrącenia należności wobec (...) sp. z o.o. w W., które uprzednio zostały przelane cesją na rzecz powódki. Potrącenie rzeczywiście zostało zgłoszone, lecz dopiero 26 lipca 2011 r. Tym samym nie sposób uznać, iż już 17 marca 2011r., kiedy proces inwestycyjny nie był ukończony oraz nie został uchybiony termin realizacji inwestycji - 30 kwietnia 2011 r. burmistrz miał zamiar dokonywać potrącenia wzajemnych wierzytelności z (...) sp. z o.o. w W.. W dniu 17 marca 2011 r. Gminie nie przysługiwała żadna wierzytelność wobec spółki (...). Potrącenie zaś wynikało z opóźnienia w realizacji inwestycji i naliczeniu przez gminę kar umownych. Umowy cesji zostały zawarte pomiędzy spółkami (...) w W. i H. w Z. G.. Gmina O. L. nie była stroną tych umów. To M. Inwestycje w przedmiotowych umowach zobowiązywała się, że przysługuje jej określona wierzytelność wobec gminy. Tym samym powódka winna dochodzić od (...) sp. z o.o. w W. należności z tytułu umowy cesji, skoro ta zobowiązała się przelać wskazaną przez siebie kwotę, choć

jak się okazało taka wierzytelność jej nie przysługiwała. Na marginesie Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z § 8 pkt. 3 umowy wykonawca nie mógł zbywać na rzecz osób trzecich wierzytelności powstałych w wyniku realizacji niniejszej umowy. Wszelkie zaś zmiany w umowie i uzupełnienia treści wymagają aneksu sporządzonego z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności. W toku procesu nie wykazano, by strony dopuściły cedowanie należności przysługujących spółce (...) w W. na rzecz podmiotów trzecich. Zgodnie zaś z art. 509 § 1 k.c. wierzyciel może bez zgody dłużnika przenieść wierzytelność na osobę trzecią (przelew), chyba że sprzeciwiałoby się to ustawie, zastrzeżeniu umownemu albo właściwości zobowiązania. Tym samym wskazywana przez powódkę cesja jako uzasadnienie dla dochodzenia należności pieniężnych nie ma racji bytu.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 oraz art. 99 k.p.c.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wywiódł powód, zaskarżając go w całości i zarzucając:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego tj.

- przepisu art. 647¹ k.c.:

- poprzez błędną wykładnię, wyrażającą się niesłusznym przyjęciem przez Sąd orzekający, iż warunkiem udzielenia milczącej zgody - prowadzącej do powstania zobowiązania solidarnego pomiędzy powodem a pozwanym musi być kierunkowe przekazanie kompletnej dokumentacji, wskazanie przyczyny przekazania dokumentacji tj. uzyskania zgody inwestora (pозwanego) na wykonanie konkretnych prac przez podwykonawcę ze określoną cenę co w konsekwencji wyrażało się we wniosku Sąd o braku możliwości wyrażenia przez pozwaną Gminę zgody w sposób bierny; co sprzeczne jest z założeniem powyższego przepisu mającego wzmocnić pozycję podwykonawców w procesie inwestycyjnym, nie ma odzwierciedlenia w jego literalnej treści, oraz sprzeczne jest z dotychczasowym orzecznictwem;

- poprzez błędną wykładnię, wyrażającą się niesłusznym przyjęciem przez Sąd orzekający, iż oświadczenie woli złożone przez powoda tj. oświadczenie o zrzeczeniu się solidarności i roszczenia było ważne w świetle art. 647¹ § 6 w związku z art. 58 k.c.;

- przepisu art. 647¹ § 6 w związku z art. 58 k.c. poprzez błędną wykładnię, wyrażającą niesłusznym przyjęciem przez Sąd orzekający, iż oświadczenie o zrzeczeniu się solidarności było przejawem wykonywania przysługującego inwestorowi prawa wyrażenia sprzeciwu objęcia go odpowiedzialnością solidarną i nie można uznać że zmierzało do obejścia prawa; przy czym przepis powyższy ma charakter bezwzględnie obowiązujący i powoduje że wszelkie oświadczenia o zrzeczeniu się solidarności - zarówno w samej umowie o roboty budowlane jak i poza umową są bezwzględnie nieważne a zachowanie pozwanego ewidentnie zmierzało do obejścia powyższych przepisów prawa celem uniknięcia solidarnej odpowiedzialności z (...) sp. z o.o.;

- przepisu art. 508 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie, tj. stwierdzenie, iż w przedmiotowej sprawie zawarto ważną umowę o zwolnienie z długu w konsekwencji której zobowiązanie wygasło, prowadzące do braku możliwości zasądzenia dochodzonych przez powoda kwot pieniężnych od pozwanej Gminy - przy czym Sąd w ogóle pominął podniesiony zarzut powoda, iż powyższe oświadczenie o zrzeczeniu się solidarności i roszczenia jest bezwzględnie nieważne;

- przepisu art. 509 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie poprzez uznanie, iż wierzyciel nie przeniósł skutecznie na powoda należności względem pozwanego, albowiem w świetle umowy nie dysponował zgodą pisemną pozwanego na zawarcie przedmiotowej cesji, przy czym, żadna ze stron (w tym pozwana) nie kwestionowała ważności umowy przelewu wierzytelności, a umowy przelewu wierzytelności były akceptowane przez pozwaną Gminę i stały się podstawą rozliczeń pomiędzy pozwaną Gminą, inwestorem a podwykonawcami; ponadto, co wskazywali świadkowie słuchani na rozprawie, warunkiem złożenia przez powoda oświadczenia o zrzeczeniu się solidarności i roszczenia było wyrażenie przez pozwanego zgody na cesję wierzytelności, a powód w dniu 18 marca 2011 r. zgodnie z ustaleniami z pozwanym złożył odpis umowy cesji w jego siedzibie, nadto iż powód otrzymał wynagrodzenie od pozwanego w

oparciu o umowę cejsji z dnia 20 czerwca 2012 r., której Sąd nie kwestionował, oraz że inni podwykonawcy również otrzymali wynagrodzenie w oparciu o umowy przelewu wierzytelności;

- przepisu art. 513 § 2 k.c. poprzez niezastosowanie, podczas gdy powód podniósł zarzut bezskuteczności złożonego oświadczenia z dnia 26 lipca 2011 r. o potrąceniu wierzytelności pieniężnej z tytułu kary umownej, a Sąd w żadnej mierze nie ustosunkował się do powyższego zarzutu w zaskarżonym wyroku;

- przepisu art. 5 k.c. wskutek niezastosowania, albowiem w świetle terminowego i prawidłowego zakończenia robót budowlanych przez powoda, i złożenia przez niego jako ostatniego z podwykonawców umowy przelewu wierzytelności w dniu 18 marca 2011 r., obciążenie go konsekwencjami potrąconej z wierzytelnością (...) sp. z o.o. karą umowną i brak zaspokojenia stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego i jest nadużyciem prawa ze strony pozwanego,

2. naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na wynik sprawy tj.

- przepisu art. 328 § 2 k.p.c. tj. brak należytego wyjaśnienia podstaw prawnych wyroku, pominięcie i brak rozprawienia się przez Sąd w uzasadnieniu wyroku z istotnymi w sprawie zagadnieniami tj. bezwzględnej nieważności czynności prawnej zrzeczenia się solidarności i roszczenia w świetle przepisów art. 647¹ oraz 58 k.c., brak skutecznego potrącenia należności pozwanego z tytułu kar umownych z należnością przysługującą (...) sp. z o.o. dotyczącą zapłaty wynagrodzenia, brak odniesienia się do wszystkich dowodów zgromadzonych w sprawie i oceny pod kątem wiarygodności i mocy dowodowej, w tym oceny wszystkich dowodów powołanych przez powoda w toku postępowania; które to w konsekwencji naruszenie miało wpływ na wynik sprawy.

- przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną i skrótową ocenę dowodów zgromadzonych w sprawie sprowadzającą się do oparcia wyroku oraz jego uzasadnienia wyłącznie na treści zeznań świadków powołanych przez stronę pozwaną i w ten sposób ustalenie stanu faktycznego i dokonanie oceny prawnej tego stanu faktycznego w oparciu o ich zeznania w tym m.in. wyciągnięcia błędnego wniosku, iż pozwanemu nie została przedłożona umowa z powodem, a ponadto dowiedział się o podwykonawcach pracujących przy budowie boiska dopiero na przełomie stycznia/lutego 2011, skoro pozwany taką wiedzę miał już na jesieni 2010 r., ponadto, iż pozwany otrzymał niekompletną dokumentację dotyczącą umów zawartych przez (...) sp. z o.o. z powodem - co z kolei stoi w sprzeczności z zeznaniami świadków: P. J., M. M. oraz W. D., których prawdziwości Sąd nie zaprzeczył, a z których wynika iż pozwany dysponował całym kompletem dokumentów dotyczącym zawartych z (...) sp. z o.o. umów z podwykonawcami, prowadzące w konsekwencji do błędnego ustalenia stanu faktycznego, błędnej jej oceny przez Sąd orzekający, wyciągnięcie przez niego błędnych wniosków, a w konsekwencji sprzeczność treści wyroku z ustalonym w sprawie materiałem dowodowym.

- przepisu art. 386 § 4 k.p.c. poprzez niewyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy prowadzące do nierozpoznania istoty sprawy polegające na niewłaściwym ustaleniu, od kiedy faktycznie pozwany miał wiedzę w zakresie wykonywania robót budowlanych przez powoda, akceptowaniu obecności powoda na budowie, sprzeciwu pozwanej Gminy co do objęcia ją solidarnością przy braku sprzeciwu co do wykonywania robót przez powoda, okoliczności związanych z przygotowaniem przez Gminę i złożeniem przez powoda oświadczenia o zrzeczeniu się solidarności i roszczenia, zapewnien burmistrza pozwanej Gminy co do otrzymania przez powoda wynagrodzenia, możliwości skorzystania przez pozwaną Gminę z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dokonania rozliczeń z podwykonawcami w oparciu o umowy przelewu wierzytelności.

Tak zarzucając apelujący wniósł o zmianę powyższego wyroku i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 117 312,76 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od kwoty 100.656,10 zł od dnia 16 lipca 2011 roku do dnia zapłaty kwoty 16.656,66 zł od dnia 8 sierpnia 2011 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego I i II instancji, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania

Sądowi I instancji przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego.

W odpowiedzi na apelację powódki, pozwana wniosła o jej oddalenie w całości oraz zasądzenie od powódki na swoją rzecz kosztów zastępstwa adwokackiego według nom przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powódki okazała się niezasadna.

Sąd Apelacyjny nie dopatrywał się wadliwości postępowania przed Sądem pierwszej instancji. Sąd Okręgowy starannie zebrał i rozważył wszystkie dowody oraz ocenił je w sposób nie naruszający swobodnej oceny dowodów.

Prawidłowo dokonane ustalenia faktyczne oraz należyte umotywowaną ocenę prawną sporu Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne, w pełni podziеляjąc wywody zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Z tego też względu Sąd Odwoławczy nie dostrzega potrzeby ponownego szczegółowego przytaczania zawartych w nim argumentów (podobnie w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1997 r., II UKN 61/97, OSNAP 1998/3/104).

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu błędnej oceny materiału dowodowego w sprawie wyjaśnić należy, iż przepis art. 233 § 1 k.p.c. przy uwzględnieniu treści art. 328 § 3 k.p.c. nakłada na sąd orzekający obowiązek: po pierwsze – wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału, po drugie – uwzględnienia wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, po trzecie – skonkretyzowania okoliczności towarzyszących przeprowadzeniu poszczególnych dowodów mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności, po czwarte – wskazania jednoznacznego kryterium oraz argumentacji pozwalającej wyższej instancji i skarżącemu – na weryfikację dokonanej oceny w przedmiocie uznania dowodu za wiarygodny bądź też jego zdyskwalifikowanie, po piąte – przytoczenia w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia dowodów, na których sąd się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2003r., IV CKN 1856/00, LEX nr 109422). Sąd Apelacyjny przypomina, iż przy zróżnicowanym i sprzecznym co do treści materiale dowodowym, o treści ustaleń faktycznych decyduje ostatecznie przekonanie sądu. Jeżeli w sprawie istnieją dwie grupy przeciwstawnych dowodów, ustalenia faktyczne z konieczności muszą pozostawać w sprzeczności z jedną z nich. W takiej sytuacji, jaka zaistniała w niniejszym sporze, sąd orzekający w ramach i granicach swobodnej oceny dowodów ma prawo eliminacji pewnych dowodów, poprzez uznanie, że pozbawione są one wiarygodności albo, że nie są istotne. Jeżeli przy tym stanowisko swoje w zakresie dokonanych wyborów uzasadni w sposób zgodny z intencją art. 233 § 1 k.p.c., to nie dopuszcza się jego naruszenia.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy Sąd pierwszej instancji słusznie ustalił, iż pozwanej nie została przedłożona umowa zawarta przez wykonawcę z powodem, prawidłowo przy tym przesądzając, iż pozwana w żaden sposób (ani czynnie ani biernie) nie wyraziła zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą.

Wyjściowo wskazać należy, że przepis art. 647¹ k.c., stanowiąc o konieczności wyrażenia przez inwestora zgody na zawarcie umowy o roboty budowlane między wykonawcą a podwykonawcą, nie określa szczególnych warunków skuteczności zgody wyrażonej ani wprost, ani w sposób dorozumiany, lecz aktywny, a więc przez aktywne zachowanie ujawniające jego zgodę w sposób dostateczny. Określa jedynie warunki skuteczności zgody wyrażonej milcząco, a więc także w sposób dorozumiany, ale bierny. Jest to przedstawienie inwestorowi przez wykonawcę umowy zawartej z podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, przy czym przedstawienie to musi być kierunkowe - w celu wyrażenia przez inwestora zgody na zawarcie takiej umowy podwykonawczej. Warunki te są restrykcyjne i surowe, wymaga tego bowiem wyjątkowy charakter odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, jak również szczególny charakter milczenia jako jednego ze sposobów dorozumianego oświadczenia woli. Najistotniejszym warunkiem skuteczności tak wyrażonej zgody inwestora jest znajomość treści umowy zawartej między wykonawcą i podwykonawcą. Chociaż, jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 29 kwietnia 2008 r., III CZP 6/08 (OSNC 2008, nr 11, poz. 121), 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. 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 do uznania skuteczności tej zgody (tak m.in. w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., sygn. II CSK 210/10, OSNC 2011/5/59).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, słusznie Sąd Okręgowy skonstatował, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie można mówić o wyrażeniu takowej zgody przez pozwaną, w szczególności, na co zwrócił uwagę Sąd pierwszej instancji, chybione jest odwoływanie się do samej obecności przedstawiciela powoda – jako podwykonawcy w odbiorze robót, skoro jednocześnie podpisywał się on w imieniu wykonawcy, a zatem pozwana takowej wiedzy o podwykonawstwie nie posiadała a z całą pewnością nie była to wiedza o konkretnej umowie i konkretnej treści takowej umowy.

Zaakcentowania wymaga, że 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. 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. (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r., sygn. III CSK 152/10, LEX nr 1102865). Aby zatem można było przypisać inwestorowi milczącą zgodę na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą konieczne jest łączne wypełnienie wszystkich przesłanek art. 647¹ § 1 k.c., to znaczy przedstawienie inwestorowi umowy zawartej z podwykonawcą lub jej projektu wraz ze stosowną częścią dokumentacji, która dotyczy przedmiotu umowy. Ponadto treść przedłożonej umowy lub jej projektu powinna obejmować wszystkie postanowienia istotne dla określenia zakresu odpowiedzialności solidarnej inwestora, a jej uzupełnieniem jest odpowiednia część dokumentacji, obejmująca roboty będące przedmiotem umowy (projektu). Przedstawienie dokumentacji nie oznacza prostego jej doręczenia, lecz jest działaniem kierunkowym, którego realizacja wymaga wskazania adresatowi przyczyny dostarczenia mu zestawu dokumentów. Dopiero spełnienie wszystkich omówionych wymagań powoduje, że można przypisać milczeniu inwestora znaczenie oświadczenia woli o wyrażeniu zgody.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, stwierdzić należy, iż słusznie Sąd Okręgowy ustalił, odwołując się do zeznań świadków, iż pozwanej nie została przedłożona kompletna dokumentacja. Z zeznań P. J. (k.1570-158) nie wynika aby pozwana wiedziała o podwykonawstwie firmy H. od samego początku (świadek stwierdził, że wiedziała w terminie późniejszym). Jednocześnie z zeznań świadka wynika, że pozwana prosiła o przesłanie dokumentacji, przy czym świadek nie zeznał czy owa dokumentacja rzeczywiście została przesłana. Istotnie, świadek M. M. zeznał, że Gmina posiadała wiedzę na temat warunków umowy łączącej podwykonawcę z wykonawcą jednakże zeznania w tym zakresie nie znajdują potwierdzenia ani w dokumentacji ani w zeznaniach innych przesłuchanych świadków. Przede wszystkim z zeznań nie wynika kiedy owa dokumentacja została przesłana co ma istotne znaczenie w kontekście zgłoszenia sprzeciwu (za takowy potraktowane zostało przez Sąd Okręgowy oświadczenie złożone przez Gminę w porozumieniu z dnia 17 marca 2011 r. – k. 50). W tym kontekście słuszności nabiera przedstawiony powyżej pogląd co do potrzeby kierunkowego przedstawienia dokumentacji. Bez znaczenia prawnego pozostaje natomiast przedstawienie dokumentacji „do wglądu” na wyraźne żądanie inwestora (tak w zeznaniach M. M. – k.158) tym bardziej w sytuacji gdy po uzyskaniu owego „wglądu” w dokumentację inwestora doprowadza do podpisania przez podwykonawcę oświadczenia o zrzeczeniu się roszczeń wobec inwestora. Powyższe potwierdzają zeznania W. D. (k.176), z których wynika, że dopiero przed zawarciem porozumienia z marca 2011 r. przedstawiciel gminy zażądał od wykonawcy przedstawienia umów z podwykonawcami.

O ile zgodzić należy się z apelującym, że nie można mówić o ważności oświadczenia o zrzeczeniu się solidarności w świetle art. 647¹ § 5 k.c. o tyle powyższe pozostaje bez znaczenia dla kierunku rozstrzygnięcia skoro podstawą oddalenia żądania nie jest stwierdzenie skuteczności zrzeczenia się solidarności a ustalenie, iż pozwana nie wyraziła zgody na zawarcia umowy przez wykonawcę z podwykonawcą. Prawidłowo przy tym Sąd Okręgowy ustalił, iż treść oświadczenia

woli z dnia 17 marca 2011 r. złożonego przez Gminę (porozumienie podpisane zostało przez Burmistrza Gminy i Skarbnika) wskazuje, iż pozwana nie tyle wyraża zgodę na zrzeczenie się solidarności (takie oświadczenie jest w istocie nieważne) co wyraża swój sprzeciw na zawarcie umowy z podwykonawcą a tym samym na ponoszenie solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania wykonawcy względem niego. Zgłoszenie na piśmie sprzeciwu nie oznacza, iż za takowy nie może być uznane każde pisemne oświadczenie, którego interpretacja nie nasuwa wątpliwości co do braku zgody na umowę wykonawcy z podwykonawcą.

Chybione okazało się również zarzucanie naruszenia art. 508 i 509 k.c. Analiza stanowiska zajętego przez Sąd Okręgowy wskazuje, iż Sąd ten zakwalifikował oświadczenie powódki z dnia 17 marca 2011 r. jako oświadczenie o zwolnieniu z długu. W tym zakresie – istotnie – stanowisko Sądu pierwszej instancji nie jest konsekwentne. Umowa o zwolnienie z długu bowiem może zostać zawarta tylko w przypadku istnienia wymagalnej wierzytelności. W ogóle nie może być mowy o zwolnieniu z długu w sytuacji gdy ustala się, iż żadna wierzytelność powódki w stosunku do pozwanej nie istnieje. W sytuacji natomiast przyjęcia, że wierzytelność wobec pozwanej istnieje, takowe zwolnienie z długu jest możliwe i nie stanowi obejścia przepisu art. 6471 § 5 k.c. bowiem ten jest przepisem regulującym stosunek zobowiązaniowy na etapie jego powstawania gdy tymczasem przepis art. 508 k.c. jest przepisem regulującym sposób umarzania zobowiązań już istniejących. Innymi słowy, umowa o zwolnieniu z długu nie wyklucza istnienia solidarnego obowiązku zapłaty wynikającego z art. 6471 § 5 k.c.

Z kolei zarzut naruszenia art. 509 k.c. również nie mógł odnieść zamierzonego skutku bowiem jego uzasadnienie nie odnosi się do istoty zajętego przez Sąd Okręgowy stanowiska. Sąd ten bowiem wskazał, iż przelew wierzytelności pozwanej na powódkę nie był skuteczny w świetle zapisów umowy z dnia 19 lipca 2010 r. (k.18) i przewidzianego nią zakazu zbywania przez wykonawcę wierzytelności przysługujących mu wobec inwestora na rzecz osób trzecich. Do tego rodzaju argumentacji apelujący nie odniósł się, co pozwala przyjąć, iż ją akceptuje. Odwoływanie się przy tym jedynie do praktyki Gminy w stosunku do innych podwykonawców bez znajomości konkretnych okoliczności oraz uwarunkowań prawnych uznać należy za chybione. W sytuacji przesądzenia nieskuteczności umowy przelewu nie było potrzeby odnoszenia się przez Sąd Okręgowy do kwestii bezskuteczności dokonanego potrącenia kary umownej przez pozwaną.

Wbrew powódce, brak także podstaw dla uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Sąd Rejonowy art. 5 k.c. przez jego niezastosowanie. Gwoli wyjaśnienia wskazać należy, iż orzecznictwie panuje zgodnie przekonanie o potrzebie powściągliwego i ostrożnego stosowania art. 5 k.c. W reprezentatywnym dla tego poglądu wyroku z dnia 22 listopada 1994 r., II CRN 127/94 (niepubl.) Sąd Najwyższy wskazał, że istotą prawa cywilnego jest strzeżenie praw podmiotowych, a zatem wszelkie rozstrzygnięcia prowadzące do redukcji bądź unicestwienia tych praw wymagają z jednej strony ostrożności, a z drugiej wnikliwego rozważenia wszystkich aspektów rozpoznawanego przypadku. Zasady współżycia społecznego w rozumieniu art. 5 k.c. są bowiem pojęciem pozostającym w nierozłącznym związku z całokształtem okoliczności danej sprawy, a w niniejszej należało przyjąć, że powódka nie może poszukiwać podstaw odpowiedzialności pozwanego w sytuacji gdy sama nie dochowała określonych aktów staranności (nie uzyskała zgody inwestora na podwykonawstwo) ani też nie zadbała aby dokonanie umowy przelewu odbyło się zgodnie z zapisami umowy z dnia 19 lipca 2010 r.

Celem całkowitego wyczerpania krytyki wniesionego środka zaskarżenia wskazać należy, iż chybione jest zarzucanie naruszenia przepisu art. 386 § 4 k.p.c., który to przepis w ogóle nie może podlegać naruszeniu przez Sąd pierwszej instancji. Z uzasadnienia owego zarzutu wynika, iż stanowi on kontynuację argumentacji zmierzającej do wykazania wadliwości procedowania Sądu Okręgowego jak i wadliwości pisemnego uzasadnienia zaskarżonego rozstrzygnięcia, których to zarzutów Sąd Apelacyjny, z przyczyn o których mowa powyżej, nie podziela.

Biorąc pod uwagę powyższe, Sąd Apelacyjny, działając na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację powoda jako bezzasadną.

W punkcie II orzekł o kosztach postępowania apelacyjnego na podstawie art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 108 § 1 i 6 pkt 6 w zw. z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności

adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. nr 163, poz. 1348 ze zm.).