

Sygn. akt I ACa 604/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 grudnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Krzysztof Chojnowski (spr.)
Sędziowie	:	SA Jarosław Marek Kamiński SO del. Bogusław Suter
Protokolant	:	Elżbieta Niewińska

po rozpoznaniu w dniu 18 grudnia 2014 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...)w G. przeciwko **Gminie K.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 21 lutego 2014 r. sygn. akt V GC 180/13

**I. zmienia zaskarżony wyrok:**

**a) w pkt I w ten sposób, że zasądza od pozwanej Gminy K. na rzecz powoda (...) w G. kwotę 28.186,55 (dwadzieścia osiem tysięcy sto osiemdziesiąt sześć 55/100) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 21 maja 2013 r.;**

**b) w pkt III w ten sposób, że zasądza od powoda na rzecz pozwanej 1.251,56 (jeden tysiąc dwieście pięćdziesiąt jeden 56/100) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;**

**II. oddala apelację w pozostałej części;**

**III. zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 9.665,80 (dziewięć tysięcy sześćset sześćdziesiąt pięć 80/100) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu za II instancję.**

## UZASADNIENIE

Powód (...) w G., jako podwykonawca przy budowie kompleksu sportowego „Moje boisko - O. 2012” w miejscowości K., wnosił o zasądzenie od pozwanej Gminy K., jako inwestora odpowiedzialnego solidarnie z generalnym wykonawcą (...)

Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w S. (dalej jako Spółka (...)) za zapłatę należnego powodowi wynagrodzenia, kwoty 193.233,55 złotych, obejmującej niezapłacone mu wynagrodzenie za wykonane roboty w kwocie 130.872,98 złotych (należność z faktury VAT nr (...)) i w kwocie 34.400 złotych (częściowa należność z faktury VAT nr (...)) oraz skapitalizowane odsetki od tych kwot za okres od dnia 1 lutego 2012 roku (po wezwaniu pozwanej do zapłaty z dnia 19 stycznia 2012 roku) do dnia 20 maja 2012 roku w łącznej kwocie 27.960,57 złotych, z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu. Domagał się też zasądzenia od pozwanej kosztów procesu.

Pozwana Gmina K. domagała się oddalenia powództwa i zasądzenia od powoda kosztów procesu. Podniosła, że odstąpiła od umowy z generalnym wykonawcą Spółką (...) i dlatego nie odpowiada solidarnie za zapłatę należnego powodowi wynagrodzenia. Wskazała też, że Spółka (...) dokonała skutecznego potrącenia przysługującej jej względem powoda wierzytelności o zapłatę kary umownej w kwocie 231.300,29 złotych z wierzytelnością powoda o zapłatę wynagrodzenia z umowy powoda z generalnym wykonawcą w kwocie 130.372,98 złotych stanowiącą część dochodzonej przez powoda należności. Podniosła również, że załączona przez powoda faktura VAT nr (...) obejmuje roboty dodatkowe, które zostały zlecone powodowi przez Spółkę (...) aneksem nr (...) do pierwotnej umowy tych stron, ale Spółka (...) nie zwracała się do pozwanej o wyrażenie zgody na wykonanie prac objętych aneksem za pomocą powoda, nie informowała też pozwanej o zawarciu tego aneksu, co wyłącza solidarna odpowiedzialność pozwanej za zapłatę powodowi wynagrodzenia za prace wykonane na podstawie aneksu. Zdaniem pozwanej roszczenie powoda jest niewymagalne w związku z porozumieniem powoda i Spółki (...) z dnia 26 stycznia 2012 roku, na mocy którego rozliczenie pomiędzy nimi miało następować na bieżąco w razie uzyskania zapłaty od pozwanej w proporcji: 2/3 Spółka (...), 1/2 powód. W ocenie pozwanej żądanie powoda o zapłatę kwoty 34.400 złotych, stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy, zgodnie z § 7 umowy pomiędzy powódką a Spółką (...) można uznać za wymagalne jedynie w 70%, tj. w kwocie 24.080 złotych. Wskazała także, że zgodnie z § 10 umowy pozwanej i Spółki (...) podstawą solidarnej odpowiedzialności pozwanej za zobowiązania Spółki (...) względem powoda jest przedłożenie przez powoda faktury zaakceptowanej przez Spółkę (...), a tymczasem przedłożone przez powódkę faktury VAT nr (...) nie zostały zaakceptowane przez Spółkę (...).

Wyrokiem z dnia 21 lutego 2014 roku Sąd Okręgowy w Olsztynie zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 182.941,55 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 21 maja 2013 roku do dnia zapłaty, oddalił powództwo w pozostałej części i zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 12.267 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu.

Orzeczenie to zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 30 czerwca 2011 roku pozwana jako zamawiający zawarła ze Spółką (...) jako wykonawcą umowę o budowę kompleksu sportowego „Moje Boisko - O. 2012” w miejscowości K.. W § 1 pkt 2 umowy wskazano, że szczegółowy zakres robót opisany został w siwz, w tym dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, stanowiących załącznik nr 2 do umowy. W § 10 umowy ustalono, że wykonawca może powierzyć wykonanie części robót lub usług podwykonawcom. W dniu 7 lipca 2011 roku Spółka (...) zawarła z powodem umowę, w której jako generalny wykonawca robót objętych umową z pozwaną z dnia 30 czerwca 2011 roku zleciła mu ich wykonanie.

W notatce służbowej sporządzonej przez przedstawicieli pozwanej, Spółki (...) i powoda w dniu 8 lipca 2011 roku wykonawcy m.in. zgłosili brak dokumentacji geologicznej, brak opisów i szczegółów rozwiązań projektowych, brak rzędnych terenowych i obiektowych oraz miejsca wywozu humusu, wniesli też o wyjaśnienie rozbieżności w zakresie prac związanych z drogą - pkt.2.5.siwz. W piśmie z dnia 14 lipca 2011 roku powód zgłosił pozwanej kolejne błędy w dokumentacji, w tym konieczność wymiany gruntu na całej powierzchni realizowanego zadania, wniósł także o uzupełnienie dokumentacji technicznej. W dniu 1 sierpnia 2011 roku pracownicy biura projektów przekazali powodowi dokumentację geologiczną do realizacji robót, zobowiązali się także, że do dnia 3 sierpnia 2011 roku dostarczą powodowi zamienny projekt realizacyjny boiska. Powód zgłosił pozwanej kolejne wady techniczne projektu budowlanego i dlatego w dniu 5 sierpnia 2011 roku w Urzędzie Gminy K. odbyło się spotkanie stron z udziałem inspektora nadzoru, a jednocześnie autora projektu budowlanego, który wyraził zgodę na wymianę gruntu pod płytą boiska.

W dniu 25 sierpnia 2011 roku pozwana zawarła ze Spółką (...) umowę o wykonanie robót dodatkowych polegających na wymianie gruntów wysadzinowych na głębokość 45 cm na powierzchni 2.720 m<sup>2</sup> oraz zainstalowaniu kompletu sieci odwadniającej na obu boiskach. Roboty te były niezbędne do należytego wykonania zamówienia podstawowego. Aneksiem z dnia 31 sierpnia 2011 roku Spółka (...) i powód rozszerzyli roboty powoda o prace dodatkowe, których zakres był tożsamy z robotami objętymi umową pozwanej ze Spółką (...) z dnia 25 sierpnia 2011 roku. W aneksie tym zmieniono termin wykonania robót na dzień 31 października 2011 roku.

W dniu 18 września 2011 roku powód ponownie przerwał prace, informując kierownika budowy o niedopracowaniu szczegółów dokumentacji technicznej (przekroje, rzędne) i wnosząc o wyjaśnienie z pozwaną sposobu wykonania ciągów komunikacyjnych na terenie kompleksu O.. W dniu 5 października 2011 roku powód poinformował kierownika budowy, że otrzymany rysunek projektu zagospodarowania terenu z wyrysowaną zmianą komunikacji jest niewystarczający dla wykonania zakresu prac związanych z robotami utwardzenia terenu przy kompleksie z kostki brukowej.

W dniu 14 listopada 2011 roku powód ustalił z pozwaną, że szczegóły dojazdu do zaplecza socjalnego zostaną wykonane w uzgodnieniu z nią, a z uwagi na zbliżający się okres zimowy roboty dotyczące terenów zielonych - nasadzenia pozwana wykona we własnym zakresie, a powód tylko dostarczy krzewy i nasiona traw.

W piśmie z dnia 21 listopada 2011 roku Spółka (...) poinformowała pozwaną, że przedmiot ich umowy nie obejmuje budowy drogi dojazdowej, a w szczególności wykonywania koryta jezdni, zagęszczenia podłoża, wykonywania podbudowy i nawierzchni z kostki brukowej betonowej itd. Spółka (...) nie zlecała powodowi, nie żądała od niego wykonania drogi dojazdowej.

W dniu 22 listopada 2011 roku Spółka (...) zgłosiła pozwanej do odbioru zespół boisk sportowych O.. W dniu 25 listopada 2011 roku komisja złożona z przedstawicieli pozwanej, w wyniku oględzin na budowie kompleksu sportowego O., stwierdziła brak wykonania szeregu robót, w tym niewykonanie pełnego zakresu prac ciągów komunikacyjnych i niewykonanie prac związanych z zagospodarowaniem terenów zielonych.

Pismem z dnia 25 listopada 2011 roku pozwana odstąpiła od umowy ze Spółką (...) o budowę kompleksu sportowego „Moje boisko - O. 2012” wobec niewykonania kompleksu sportowego w umówionym zakresie, w szczególności niewykonania w całości ciągów komunikacyjnych.

W dniu 5 grudnia 2011 roku przedstawiciele pozwanej i Spółki (...) sporządzili protokół inwentaryzacyjny, w którym wyszczególniono roboty zrealizowane i niezrealizowane (ciągi komunikacyjne i zagospodarowanie terenów zielonych).

Spółka (...) w odpowiedzi na zgłoszenie przez powoda w dniu 21 listopada 2011 robót do odbioru wskazała, że było to zgłoszenie przedwczesne, a następnie zawiadomiła powoda, że nie wszystkie prace objęte projektem zostały wykonane, zaś część prac została wykonana niezgodnie z projektem.

Za wykonane roboty powód obciążył Spółkę (...) fakturami VAT: nr (...) z dnia 30 lipca 2011 roku na kwotę 66.420 złotych brutto - zapłaconą w całości; nr (...) z dnia 25 sierpnia 2011 roku na kwotę 147.107 złotych brutto - zapłaconą w całości; nr (...) z dnia 7 października 2011 roku na kwotę 166.188,34 złotych - zapłaconą do kwoty 131.798,34 złotych, zaś pozostała kwota 34.400 złotych została zatrzymana przez Spółkę (...) jako zabezpieczenie należytego wykonania robót; nr (...) z dnia 27 grudnia 2011 roku na kwotę 130.872,98 złotych brutto - niezapłaconą.

Pismem z dnia 11 stycznia 2012 roku powód po raz kolejny wezwał Spółkę (...) i pozwaną do odbioru lub inwentaryzacji wykonanych robót.

W dniu 11 kwietnia 2012 roku Spółka (...) zgłosiła pozwanej roboty do odbioru końcowego. Odbiór robót nastąpił w dniu 24 kwietnia 2012 roku, a z czynności tych został sporządzony komisyjny protokół.

W dniu 30 maja 2012 roku Spółka (...) złożyła powodowi oświadczenie o potrąceniu kar umownych w kwocie 231.300,29 złotych z wierzytelnością powoda w kwocie 130.872,98 złotych tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty. Kary naliczone zostały za nieterminowe wykonanie robót, gdyż w ocenie Spółki (...) powód zakończył roboty w dniu 30 marca 2012 roku, kiedy to ukończył zagospodarowanie terenów zielonych.

W tych okolicznościach Sąd I instancji uznał, że zasługuje na uwzględnienie żądanie powoda o zasądzenie od pozwanej kwoty 130.782,98 złotych, objętej wystawioną przez powoda fakturą VAT nr (...) z dnia 27 grudnia 2011 roku.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że także pozwana twierdziła, iż faktura ta dotyczy objętych aneksem nr (...) do umowy Spółki (...) i powoda z dnia 7 lipca 2011 roku robót dodatkowych w postaci wymiany gruntów wysadzeniowych na głębokość 45 cm, na powierzchni 2.720 cm<sup>2</sup> oraz zainstalowania kompletu sieci odwadniającej na obu boiskach, a Spółka (...) nie kwestionowała należności powoda z tej faktury, skoro potrąciła z tą wierzytelnością naliczone powodowi kary umowne.

Sąd I instancji uznał, że na zawarcie przez Spółkę (...) i powoda aneksu nr (...) do ich umowy z dnia 7 lipca 2011 roku pozwana wyraziła zgodę, o jakiej mowa w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c., warunkującą solidarną odpowiedzialność pozwanej jako inwestora za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez powoda jako podwykonawcę na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.p.c. Sąd ten zaznaczył, iż pozwana nawet nie twierdziła, że nie wiedziała o powodzie jako podwykonawcy Spółki (...), a szereg dokumentów, w tym notatek służbowych było sporządzonych razem przez pozwaną, Spółkę (...) i powoda.

Sąd Okręgowy podkreślił przy tym, że odstąpienie pozwanej od umowy ze Spółką (...) nie wyłącza solidarnej odpowiedzialności pozwanej jako inwestora za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez powoda jako podwykonawcę, bowiem podstawą tej odpowiedzialności nie jest umowa pomiędzy pozwaną a Spółką (...).

W ocenie Sądu I instancji nie było podstaw do potrącenia przez Spółkę (...) z wynagrodzenia powoda kar umownych z tytułu nieterminowego wykonania przez niego robót. Sąd ten podkreślił, że twierdzenia Spółki (...), iż powód zakończył roboty w dniu 30 maja 2012 roku, w momencie ukończenia zagospodarowania terenów zielonych, są sprzeczne z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym. Powód zgłosił roboty do odbioru w dniu 21 listopada 2011 roku. W dzienniku budowy wpisem z dnia 25 listopada 2011 roku kierownik budowy oświadczył, że zakończone zostały wszystkie roboty budowlane, w związku z czym przestaje pełnić obowiązki kierownika budowy, a po tej dacie jest tylko jeszcze wpis końcowy z dnia 27 maja 2012 roku, ale nie kierownika budowy, a J. S., który pełnił funkcję inspektora nadzoru i projektanta, że w tej dacie stwierdza wykonanie wszystkich prac określonych projektem oraz pozwoleniem na budowę. To, że w dzienniku budowy po dniu 25 listopada 2011 roku nie ma żadnych wpisów dotyczących wykonywania robót potwierdza stanowisko powoda, że po tej dacie na przedmiotowej budowie nie były prowadzone żadne roboty. Pozwana nie przedłożyła jakiegokolwiek dowodu podważającego twierdzenia powoda.

Jednocześnie Sąd Okręgowy uznał, że opóźnienie w wykonaniu przez powoda robót od dnia 31 października 2011 roku (umowny termin zakończenia robót) do dnia 21 listopada 2011 roku nie może obciążać powoda, bowiem nie było ono zawinione przez niego. Z szeregu notatek służbowych sporządzonych wspólnie przez przedstawicieli pozwanej i powoda wynika, że w trakcie realizacji tej inwestycji były braki w dokumentacji projektowej. Podkreślał to kilkakrotnie prokurent powoda, a zeznaniom tym Sąd dał wiarę, jako znajdującym potwierdzenie właśnie w treści notatek służbowych. Ustalenia w tej kwestii były czynione z pozwaną jeszcze w dniu 14 listopada 2011 roku, w tej dacie pomiędzy pozwaną a Spółką (...) nie były także wyjaśnione wątpliwości związane z wykonaniem ciągów komunikacyjnych. W dniu 17 listopada 2011 powód zawiadomił kierownika budowy, że inni podwykonawcy (montujący ogrodzenie) rozebrali ułożoną przez niego kostkę.

Sąd I instancji zaznaczył, że skoro powód zgłosił roboty do odbioru, to obowiązkiem Spółki (...) i pozwanej było odebranie tych robót. Zgodnie bowiem z art. 647 k.c. umownemu obowiązkowi wykonawcy oddania obiektu odpowiada obowiązek inwestora odebrania tego obiektu i zapłaty wynagrodzenia. Protokół odbioru robót, stanowiący pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, powinien przy tym zawierać ustalenia co do jakości robót, wykaz ewentualnych usterek, jak też uwagi dotyczące zakresu robót. Inwestor na żądanie

wykonawcy ma obowiązek dokonać nawet częściowego odbioru wykonanych robót (i to nie tylko tzw. zanikających, czy polegających na zakończeniu możliwej do odrębnego użytkowania części obiektu). Tymczasem pozwana odmówiła odbioru robót ograniczając się jedynie do ich przeglądu.

Sąd I instancji uznał, że odstąpienie przez pozwaną od umowy ze Spółką (...) z racji niewykonania ciągów komunikacyjnych i zagospodarowania terenów zielonych nie było uzasadnione.

Odnosząc się do kwestii niewykonania ciągów komunikacyjnych, w rozumieniu drogi dojazdowej – jak wskazywała pozwana - Sąd I instancji zaznaczył, że Rozdział 2 w pkt.2.5. siwz został zatytułowany (...), a w jego treści jest mowa o ciągach komunikacyjnych i powierzchni przeznaczonej pod kontener, które mają być wykonane z kostki brukowej o gr min. 6 cm, na podbudowie z piasku i kruszywa, zamknięte obrzeżem betonowym. Nie ma więc mowy o drodze dojazdowej. Pozwana nie wyjaśniła też, czy ciągi komunikacyjne, w rozumieniu drogi dojazdowej, zostały wykonane, przez kogo i kiedy. Dziennik budowy nie zawiera zaś żadnych informacji o wykonywaniu jakichkolwiek robót na przedmiotowej budowie po dniu 21 listopada 2011 roku. W załączonym do protokołu odbioru robót sporządzonym przez pozwaną i Spółkę (...) w dniu 24 kwietnia 2012 roku harmonogramie opisano poszczególne części wykonanego obiektu, przy czym w pozycji 8 jest mowa o wykonaniu ciągów komunikacyjnych, a wartość kosztorysowa tych robót określona na 86.100 złotych brutto, w pozycji wartość robót wykonanych skorygowana została do kwoty 14.706,16 złotych brutto. W ocenie Sądu potwierdza to zeznania przedstawiciela powoda, że pojęcie „ciągi komunikacyjne” nie dotyczyło drogi dojazdowej, a droga dojazdowa została wykonana przez Spółkę (...) w oparciu o inną umowę z pozwaną i toczy się odrębna sprawa sądowa o wynagrodzenie dla Spółki (...) za wykonanie tych robót.

Sąd Okręgowy nie podzielił też twierdzeń pozwanej, że powód nie wykonał zagospodarowania terenów zielonych. Zaznaczył, że z zeznań wójta pozwanej Gminy wynika, iż w listopadzie było już za późno, żeby sadzić drzewa i dlatego powód pozostawił to pozwanej, a zeznania te znajdują odbicie w notatce z dnia 14 listopada 2011 roku dotyczącej uzgodnień stron w kwestii terenów zielonych. Ponadto oświadczeniem z dnia 21 listopada 2011 roku wójt pozwanej Gminy potwierdził wykonanie robót zewnętrznych związanych z zagospodarowaniem terenów zielonych.

Jednocześnie Sąd I instancji z dochodzonej pozwem kwoty 34.400 złotych, stanowiącej niezapłaconą część faktury VAT nr (...), zasądził 70%, tj. kwotę 24.108 złotych.

Sąd ten zaznaczył, że stosownie do § 7 umowy powoda ze Spółką (...) powód wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto z § 5 ust. 1 tej umowy, tj. 34.440 złotych, przy czym 70% wysokości zabezpieczenia miało być zwrócone powodowi w ciągu 30 dni od dnia podpisania protokołu odbioru, a 30% wysokości zabezpieczenia - w ciągu 15 dni od upływu okresu rękojmi za wady. Wobec tego, że dla przedmiotowych robót nie upłynął jeszcze 3-letni okres rękojmi, to nie ma podstaw do zwrócenia powodowi 30% kwoty potrąconej z faktury VAT nr (...) na zabezpieczenie należytego wykonania robót, co zresztą przyznał sam powód w korespondencji ze Spółką (...).

Mając na uwadze, że powód wskazał, za jaki okres domaga się skapitalizowanych odsetek, a pozwana tego nie kwestionowała i w żaden sposób nie odniosła się do tych wyliczeń Sąd Okręgowy przyjął, że jest to należność bezsporna i zasądził ją od pozwanej na rzecz powoda na podstawie art. 481 k.c. i art. 482 k.c.

O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 100 k.p.c., dokonując ich rozdzielenia w stosunku do wygranej powoda w 94% i wygranej pozwanej w 6%.

Powyższy wyrok w części uwzględniającej powództwo i rozstrzygającej o kosztach procesu zaskarżyła apelacją pozwana, zarzucając:

I. naruszenie prawa materialnego, tj.:

a) art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, iż pozwana wyraziła w sposób dorozumiany zgodę na zawarcie pomiędzy Spółką (...) a powodem aneksu nr (...) do umowy nr (...) z dnia 7 lipca 2011

roku, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia, aby pozwana mogła wyrazić zgodę na zawarcie tego aneksu, bowiem nie posiadała wiedzy o jego zawarciu,

b) art. 476 k.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez ich błędne zastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, iż Spółka (...) bezpodstawnie dokonała potrącenia kar umownych z wynagrodzenia powoda za nieterminowe wykonanie robót, podczas gdy powód nie udowodnił, iż nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie w wykonaniu robót objętych umową nr (...) z dnia 7 lipca 2011 roku,

## II. naruszenie prawa procesowego, tj.:

a) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w konsekwencji poczynienie błędnych ustaleń faktycznych mających istotny wpływ na wydanie rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie poprzez przyjęcie, iż pozwana wyraziła w sposób dorozumiany zgodę na zawarcie pomiędzy Spółką (...), a powodem aneksu nr (...) do umowy nr (...) z dnia 7 lipca 2011 roku, podczas gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika jednoznacznie, iż pozwana nie dysponowała wiedzą o zawarciu tego aneksu, a tym samym nie mogła wyrazić zgody na jego zawarcie,

b) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w konsekwencji poczynienie błędnych ustaleń faktycznych mających istotny wpływ na wydanie rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie poprzez przyjęcie, iż pozwana zleciła wykonanie ciągów komunikacyjnych Spółce (...) na podstawie odrębnej umowy, podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż wykonanie tych robót budowlanych zlecono innemu podmiotowi,

c) art. 278 § 2 k.p.c. w zw. z art. 232 zdanie drugie k.p.c. poprzez poczynienie przez Sąd I instancji samodzielnego ustalenia o bezzasadności potrącenia kar umownych przez Spółkę (...) z wynagrodzenia powoda za nieterminowe wykonanie robót, podczas gdy powyższe ustalenia winny być poprzedzone dopuszczeniem i przeprowadzeniem dowodu z opinii biegłego posiadającego wiadomości specjalne,

III. nierozpoznanie istoty sprawy poprzez pominięcie przez Sąd I Instancji zarzutu strony pozwanej, iż roszczenie powoda jest w dalszym ciągu niewymagalne w związku z porozumieniem zawartym w dniu 26 stycznia 2012 roku pomiędzy powodem, a Spółką (...), na mocy którego rozliczenie pomiędzy nimi będzie następować na bieżąco w razie uzyskiwania zapłaty od pozwanej w proporcji: 2/3 Spółka (...), 1/3 powód.

Domagała się zmiany wyroku w zaskarżonej części i oddalenia powództwa oraz obciążenia powoda kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa procesowego za obie instancje, ewentualnie uchylenia wyroku w zaskarżonej części i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

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

### ***Apelacja w zasadniczej części zasługuje na uwzględnienie.***

Sąd Okręgowy co do zasady poczynił prawidłowe, znajdujące oparcie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym ustalenia faktyczne i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne, za wyjątkiem ustalenia co do wyrażenia przez pozwaną zgody na zawarcie przez Spółkę (...) i powoda aneksu nr (...) z dnia 31 sierpnia 2011 roku do ich umowy z dnia 7 lipca 2011 roku, które – jak trafnie podniosła skarżąca - zostało dokonane z naruszeniem art. 233 § 1 k.p.c.

Zebrane w sprawie dowody nie pozostawiają wątpliwości, że pozwana wiedziała o umowie Spółki (...) z powodem z dnia 7 lipca 2011 roku i że wyraziła zgodę na zawarcie tej umowy. Zgoda pozwanej na zawarcie przez Spółkę (...) z powodem umowy z dnia 7 lipca 2011 roku nie obejmuje jednak zawarcia przez nich aneksu nr (...) do tej umowy z dnia 31 sierpnia 2011 roku, w którym przewidziano roboty dodatkowe w postaci wymiany gruntów wysadzinowych na głębokość 45 cm, na powierzchni 2.720 cm<sup>2</sup> oraz zainstalowania kompletu sieci odwadniającej na obu boiskach za

wynagrodzeniem w kwocie 166.198,34 złotych. Oceny tej nie zmienia okoliczność, że objęte aneksem nr (...) z dnia 31 sierpnia 2011 roku roboty były konieczne do należytego wykonania przedmiotu umowy z dnia 7 lipca 2011 roku.

Pozwana już w odpowiedzi na pozew podniosła, że Spółka (...) nie poinformowała jej o zawarciu przez tę Spółkę i powoda aneksu nr (...) do ich umowy z dnia 7 lipca 2011 roku i że pozwanej nie była znana treść tego aneksu. Tymczasem powód w toku całego procesu nawet nie twierdził, że pozwana otrzymała aneks nr (...) do umowy Spółki (...) i powoda z dnia 7 lipca 2011 roku i że pozwana знаła treść tego aneksu. Nie ma żadnego dowodu, w świetle którego uzasadniony byłby wniosek, że pozwana знаła treść aneksu nr (...) do umowy Spółki (...) i powoda z dnia 7 lipca 2011 roku. Nie tylko dowody osobowe, ale także znajdujące się w aktach notatki, korespondencja, tak e-mailowa, jak i pisemna pomiędzy powodem i pozwaną, a także Spółką (...) nawet nie sugerują, że pozwanej znana była treść aneksu nr (...) do umowy Spółki (...) i powoda z dnia 7 lipca 2011 roku.

Wobec braku nie tylko dowodów, ale nawet twierdzeń powoda, że pozwana otrzymała aneks nr (...) do umowy Spółki (...) i powoda z dnia 7 lipca 2011 roku i że знаła jego treść nie można uznać, że wyraziła ona zgodę na zawarcie tego aneksu.

Zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą, o jakiej mowa w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. – jak wskazuje się w orzecznictwie - może być wyrażona w sposób bierny oraz w sposób czynny (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2008 roku, III CZP 6/08, OSNC 2008, Nr 11, poz. 121, wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2008 roku, IV CSK 323/08, LEX nr 484681; z dnia 20 stycznia 2009 roku, II CSK 417/08, LEX nr 518078; z dnia 2 lipca 2009 roku, V CSK 24/09, LEX nr 527185). Z art. 647 § 2 zdanie 2 k.c. wynika, że wyrażenie przez inwestora 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. Do przyjęcia, że zgoda inwestora nastąpiła przez „przemilczenie” niezbędne jest zatem przedstawienie mu umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz z odpowiednią częścią dokumentacji. Przedłożenie inwestorowi do akceptacji umowy (jej projektu) musi mieć charakter „kierunkowy”, tzn. nastąpić „w celu” wyrażenia zgody na jej zawarcie. Najistotniejszym warunkiem skuteczności tak wyrażonej zgody inwestora jest znajomość treści umowy zawartej między wykonawcą a podwykonawcą. Natomiast wyrażenie zgody przez inwestora w sposób czynny nie jest objęte procedurą z art. 647 § 2 zdanie 2 k.c. i może nastąpić w sposób wyraźny pisemnie bądź ustnie, albo poprzez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia wolę inwestora (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 jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót, oraz dokonywanie podobnych czynności. Przyjmuje się przy tym, że „czynna” zgoda inwestora, wyrażona również konkludentnie, na zawarcie umowy z podwykonawcą, będzie mogła być uznana za skuteczną tylko wówczas, jeżeli ma on wiedzę o istotnych elementach tej umowy, tzn. o przedmiocie prac, jakie ma wykonać podwykonawca oraz o przysługującym mu wynagrodzeniu, bowiem te elementy kreują zakres jego solidarnej odpowiedzialności (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 roku, III CSK 152/10, LEX nr 1102865).

Skoro pozwanej nie przedstawiono aneksu nr (...) do umowy Spółki (...) i powoda z dnia 7 lipca 2011 roku, ani nie poznała ona treści tego aneksu w inny sposób, to pozwana nie mogła wyrazić zgody na zawarcie tego aneksu w sposób bierny.

W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego, jak wskazano powyżej, nie można też uznać, że pozwana wyraziła zgodę na zawarcie aneksu nr (...) do umowy Spółki (...) i powoda z dnia 7 lipca 2011 roku w sposób czynny wyraźny, bądź dorozumiany. Uznaniu, że pozwana wyraziła zgodę na zawarcie aneksu nr (...) do umowy Spółki (...) i powoda z dnia 7 lipca 2011 roku w sposób dorozumiany sprzeciwia się już brak wiedzy pozwanej co do istotnych postanowień tego aneksu dotyczących chociażby wynagrodzenia powoda, warunkującego zakres odpowiedzialności inwestora. Świadomość pozwanej co do obecności i roli powoda na budowie, a nawet co do wykonywania przez powoda robót objętych aneksem nr (...) do umowy Spółki (...) i powoda z dnia 7 lipca 2011 roku nie może stanowić o wyrażeniu przez pozwaną zgody na zawarcie aneksu nr (...) do umowy Spółki (...) i powoda z dnia 7 lipca 2011 roku w sposób

dorozumiany. Podkreślić tu trzeba, że poza sporem pozostaje okoliczność, że na przedmiotowej budowie występowali także inni podwykonawcy Spółki (...), np. wykonujący ogrodzenie (wynika to z pisma powoda z 17.11.2011r.), zatem nie można przyjąć, by pozwana miała świadomość, że powód jest jedynym podwykonawcą realizującym całość zadania inwestycyjnego.

Wynikająca z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. dodatkowa ochrona podwykonawcy, związana z solidarną odpowiedzialnością inwestora za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, nie przysługuje wszystkim podwykonawcom, którym generalny wykonawca lub poprzedni podwykonawca powierzył wykonanie robót budowlanych. Ochrona ta przysługuje tylko tym podwykonawcom, którzy wykonują prace na podstawie umów, na zawarcie których inwestor wyraził (choćby w sposób dorozumiany) zgodę. Podwykonawca, chcąc skorzystać z tej ochrony, powinien zatem zadbać o uzyskanie zgody inwestora na zawarcie umowy, na podstawie której wykonuje prace. W sytuacji, gdy zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą przyjmuje postać oświadczenia wyrażanego konkludentnie, powinnością podwykonawcy jest zadbanie o wystąpienie przesłanek skuteczności takiej zgody, w tym w szczególności o uzyskanie przez inwestora pozytywnej wiedzy o istotnych postanowieniach tej umowy (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 10 kwietnia 2014 roku, I ACa 30/14, LEX nr 1466930).

Brak zgody pozwanej na zawarcie aneksu nr (...) do umowy Spółki (...) i powoda z dnia 7 lipca 2011 roku wyłącza przypisanie pozwanej przewidzianej w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. solidarnej odpowiedzialności za zapłatę powodowi wynagrodzenia za roboty budowlane objęte tym aneksem, za wykonanie których – jak twierdziła sama pozwana – wystawił on fakturę VAT nr (...) z dnia 27 grudnia 2011 roku na kwotę 130.872,98 złotych.

Tak więc powództwo o zapłatę kwoty 130.782,98 złotych i skapitalizowanych odsetek od tej kwoty za okres od dnia 1 lutego 2012 roku do dnia 20 maja 2012 roku należało oddalić.

Pozostałe zarzuty apelacji nie uzasadniały zmiany zaskarżonego wyroku i oddalenia powództwa także w zakresie kwoty 24.108 złotych, stanowiącej 70% wniesionego przez powoda zabezpieczenia należytego wykonania umowy Spółki (...) i powoda z dnia 7 lipca 2011 roku w kwocie 34.440 złotych, którą Spółka (...) miała zwrócić powodowi w ciągu 30 dni od dnia podpisania protokołu odbioru, objętej fakturą VAT nr (...) z dnia 7 października 2011 roku, a także w zakresie skapitalizowanych odsetek od kwoty 24.108 złotych za okres od dnia 1 lutego 2012 roku do dnia 20 maja 2012 roku w kwocie 4.078,55 złotych, czyli w łącznej kwocie 28.186,55 złotych, za zapłatę której pozwana odpowiada na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. z racji wyrażenia przez nią zgody na zawarcie przez Spółkę (...) i powoda umowy z dnia 7 lipca 2011 roku.

Wskazanej zmiany zaskarżonego wyroku nie uzasadniał zarzut naruszenia art. 476 k.c. w zw. z art. 6 k.c., jak i zarzut naruszenia art. 278 § 2 k.p.c. w zw. z art. 232 zdanie drugie k.p.c., skoro w ramach tych zarzutów skarżąca podnosiła jedynie, że Spółka (...) dokonała skutecznego potrącenia swojej wierzytelności względem powoda o zapłatę kary umownej w kwocie 231.300,29 złotych z wierzytelnością powoda względem Spółki (...) o zapłatę wynagrodzenia w kwocie 130.872,98 złotych, a zatem z wierzytelnością powoda, objętą fakturą VAT nr (...) z dnia 27 grudnia 2011 roku, za którą – jak wskazano powyżej – pozwana nie ponosi solidarnej odpowiedzialności ze Spółką (...).

Także zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., w ramach którego pozwana kwestionowała przyjęcie przez Sąd I instancji, że zleciła ona wykonanie ciągów komunikacyjnych Spółce (...) na podstawie odrębnej umowy, nie uzasadniał oddalenia powództwa w zakresie kwoty 24.108 złotych, stanowiącej 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy, którą Spółka (...) miała zwrócić powodowi w ciągu 30 dni od dnia podpisania protokołu odbioru.

Sąd Okręgowy dokonując oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego pod kątem należytego wykonania przez powoda umowy ze Spółką (...) z dnia 7 lipca 2011 roku co do ciągów komunikacyjnych nie naruszył art. 233 § 1 k.p.c.

Przepis ten stanowi, że sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego uznania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Taka ocena dokonywana jest na podstawie przekonań sądu, jego



wiedzy i posiadanego doświadczenia życiowego, a nadto winna uwzględniać wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i - ważąc ich moc oraz wiarygodność - odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Dopuszczenie się przez sąd obrazy art. 233 § 1 k.p.c. może więc polegać albo na przekroczeniu granic swobody oceny wyznaczonej logiką, doświadczeniem, zasadami nauki albo też na niedokonaniu przez sąd wszechstronnego rozważenia sprawy.

Sąd I instancji dokonał wszechstronnej, logicznej i zgodnej z doświadczeniem życiowym oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w zakresie należytego wykonania przez powoda umowy ze Spółką (...) z dnia 7 lipca 2011 roku co do ciągów komunikacyjnych. Skarżąca kwestionując dokonaną przez Sąd I instancji pod tym kątem ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego w ramach zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wskazała dowodów, których ten zarzut dotyczy oraz nie przytoczyła okoliczności świadczących o tym, iż Sąd uznał te dowody za wiarygodne i mające moc dowodową lub niewiarygodne i nie mające mocy dowodowej, mimo że nie powinien tego uczynić.

Chybiony jest również zarzut apelacji, że roszczenie powoda o zapłatę kwoty 24.108 złotych objętej fakturą VAT nr (...) z dnia 7 października 2011 roku, jest niewymagalne z racji porozumienia Spółki (...) i powoda z dnia 26 stycznia 2012 roku, w którym wskazano, że rozliczenie pomiędzy nimi będzie następować na bieżąco w razie uzyskiwania zapłaty od pozwanej. Zapis ten ma charakter wyłącznie techniczny i dotyczy sposobu podziału wyegzekwowanych już od pozwanej kwot. Nie zmienia on w żadnym razie przewidzianych w umowie Spółki (...) i powoda z dnia 7 lipca 2011 roku terminów płatności wynagrodzenia za wykonane na podstawie tej umowy roboty budowlane i w ogóle nie odnosi się do przewidzianego w § 7 umowy Spółki (...) i powoda z dnia 7 lipca 2011 roku terminu zwrotu wniesionego przez powoda zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Skarżąca nie kwestionowała zaś, że w świetle postanowień umowy Spółki (...) i powoda z dnia 7 lipca 2011 roku roszczenie powoda o zapłatę kwoty 24.108 złotych, stanowiącej 70% wniesionego przez powoda zabezpieczenia należytego wykonania umowy, objętej fakturą VAT nr (...) z dnia 7 października 2011 roku jest wymagalne.

Nie można też zgodzić się z zarzutem apelacji, że pozwana nie ponosi solidarnej odpowiedzialności za zapłatę powodowi kwoty 24.108 złotych objętej fakturą VAT nr (...) z dnia 7 października 2011 roku, bowiem, wbrew postanowieniu § 10 umowy pozwanej i Spółki (...) z dnia 30 czerwca 2011 roku, faktura ta nie została zaakceptowana przez Spółkę (...), a jednocześnie powód nie przedłożył dokumentów potwierdzających wykonanie i odbiór robót objętych tą fakturą. Z prawidłowych ustaleń Sądu I instancji wynika, że faktura VAT nr (...) z dnia 7 października 2011 roku została częściowo opłacona przez Spółkę (...), poza kwotą 34.440 złotych, którą Spółka (...) zatrzymała jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez powoda. W świetle zebranych w sprawie dowodów nie budzi też wątpliwości, że roboty objęte fakturą VAT nr (...) zostały wykonane i odebrane.

Korekta rozstrzygnięcia Sądu I instancji co do żądania głównego skutkowałą zmianą orzeczenia tego Sądu o kosztach procesu.

Ostatecznie powód wygrał proces w pierwszej instancji w około 14% (28.186,55 złotych / 193.233,55 złotych), zaś pozwana utrzymała się z obroną w około 86% i w takim stosunku powinni oni ponieść koszty procesu, stosownie do art. 100 zdanie pierwsze k.p.c.

W postępowaniu przed Sądem Okręgowym powód poniósł opłatę sądową od pozwu w kwocie 9.662 złote i koszty zastępstwa procesowego w kwocie 3.600 złotych, ustalonej na podstawie § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (j.t. Dz. U. z 2013 roku, poz. 490) wraz z opłatą od pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych. Z kolei pozwana w procesie przed Sądem I instancji poniosła koszty zastępstwa procesowego w kwocie 3.600 złotych, ustalonej na podstawie § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego

ustanowionego z urzędu (j.t. Dz. U. z 2013 roku, poz. 490) wraz z opłatą od pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych. Tak więc suma kosztów procesu w pierwszej instancji wyniosła 16.896 złotych.

Skoro pozwana przegrała proces w pierwszej instancji w około 14%, to obciążają ją koszty tego procesu w kwocie 2.365,44 złotych (16.896 złotych x 14%), zaś w postępowaniu przed Sądem Okręgowym pozwana poniosła koszty procesu w kwocie 3.617 złotych. Powód winien zatem zwrócić pozwanej koszty procesu za pierwszą instancję w kwocie 1.251,56 złotych (3.617 złotych – 2.365,44 złotych).

Dlatego na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmieniono zaskarżony wyrok jak w punkcie I sentencji. W pozostałej części apelację oddalono na podstawie art. 385 k.p.c., o czym orzeczono w punkcie II sentencji.

O kosztach procesu za drugą instancję rozstrzygnięto mając na uwadze wynik tego postępowania oraz treść art. 100 zdanie pierwsze k.p.c. i art. 98 § 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 108 § 1 k.p.c. i art. 109 k.p.c.

Pozwana żądała zmiany orzeczenia Sądu I instancji w zakresie kwoty 182.941,55 złotych, a jej apelacja została uwzględniona co do kwoty 154.755 złotych (182.941,55 złotych – 28.186,55 złotych). W postępowaniu odwoławczym pozwana wygrała zatem sprawę w około 85% (154.755 złotych / 182.941,55 złotych), zaś powód w około 15%.

W postępowaniu odwoławczym pozwana poniosła opłatę sądową od apelacji w kwocie 9.148 złotych oraz koszty zastępstwa procesowego w kwocie 2.700 złotych, ustalonej na podstawie § 6 pkt 6 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (j.t. Dz. U. z 2013 roku, poz. 490), zaś powód poniósł koszty zastępstwa procesowego w kwocie 2.700 złotych, ustalonej na podstawie § 6 pkt 6 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 tego rozporządzenia. Suma kosztów procesu w drugiej instancji wyniosła zatem 14.548 złotych.

Wobec tego, że pozwana przegrała proces w drugiej instancji w około 15%, to obciążają ją koszty tego procesu w kwocie 2.182,20 złotych (14.548 złotych x 15%), zaś w postępowaniu przed Sądem Apelacyjnym pozwana poniosła koszty procesu w kwocie 11.848 złotych. Dlatego też powód winien zwrócić pozwanej koszty procesu za drugą instancję w kwocie 9.665,80 złotych (11.848 złotych – 2.182,20 złotych).