

Sygn. akt I ACa 744/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 listopada 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Tomasz Żelazowski (spr.)
Sędziowie:	SA Marta Sawicka SA Dariusz Rostał
Protokolant:	sekr. sądowy Justyna Kotlicka

po rozpoznaniu w dniu 29 października 2015 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa D. Z.

przeciwko "(...)" spółce  
z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 9 lutego 2015 r., sygn. akt VIII GC 14/13

**I. oddala apelację;**

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

Dariusz Rostał Tomasz Żelazowski Marta Sawicka

Sygn. akt I ACa 744/15

## UZASADNIENIE

Powód D. Z. wniósł o zasądzenie od pozwanych Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowe (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. oraz Przedsiębiorstwo Budowlane (...) spółki jawnej z siedzibą w S. kwoty 1.011.257,06 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od kwot: - 61.902,87 zł od dnia 7 czerwca 2012 r., - 209.445,69 zł od dnia 4 lipca 2012 r., - 39989,67 zł od dnia 1 sierpnia 2012 r., - 186.151,56 zł od dnia 7 sierpnia 2012 r., - 282.228,92 zł od dnia 1 października 2012 r., - 231.538,35 zł od dnia 3 grudnia 2012 r.; oraz wniósł o zasądzenie kosztów procesu. W uzasadnieniu wskazał, że zawarł z pozwaną spółką (...) umowę, zgodnie z którą zobowiązał się wykonać

konstrukcję żelbetową na obiekcie rozbudowa i przebudowa budynku żłobka miejskiego w S. za wynagrodzeniem w kwocie 79.989,67 zł. Powód otrzymał wynagrodzenie jedynie w części, tj. w kwocie 40.000 zł, pozostałe nieuiszczone wynagrodzenie stanowi część jego żądania dochodzonego niniejszym pozwem. Powód zawarł z tą pozwaną umowę nr (...), na podstawie której zobowiązał się do wykonania konstrukcji żelbetowych w budynku C (...) w S. przy ul. (...) w ramach inwestycji budowa (...). Następnie aneksem nr (...) strony rozszerzyły zakres robót powoda na budynek A. Powód wykonał wynikające z umowy prace wystawiając pozwanej spółce (...) faktury Vat na łączną kwotę 97.126,39 zł. Pomimo wezwania do zapłaty i potwierdzeniu salda zadłużenia pozwana nie dokonała zapłaty na rzecz powoda. Powód podkreślił, że pozwani nie zakwestionowali dochodzonej przez niego należności, a brak zapłaty wyjaśnili brakiem środków. Pozwani potwierdzili, że działają jako konsorcjum.

W odpowiedzi na powyższe pozwana Przedsiębiorstwo Budowlane (...) spółki jawnej z siedzibą w S. wniosła o oddalenie w stosunku do niej powództwa i zasądzenie od powódki na jej rzecz zwrotu kosztów procesu. Pozwana ta stwierdziła, że jedynym dłużnikiem powoda jest druga pozwana, co wynika z przedłożonych przez niego dokumentów. Wyjaśniła, że pozwane łączyły cztery umowy konsorcjum, ale działały również jako odrębni przedsiębiorcy, a w stosunkach z powodem pozwana spółka (...) występowała jako samodzielny podmiot. Podkreśliła, że nie złożyła żadnego oświadczenia, z którego wynikałoby, że konsorcjum przejęło dług drugiej pozwanej wobec powoda. Wskazała na inne rozumienie oświadczenia z dnia 14 grudnia 2012 r., a z ostrożności procesowej złożyła oświadczenie o uchyleniu się od jego skutków z powodu działania pod wpływem błędu.

Postanowieniem z dnia 4 czerwca 2013 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie zawiesił postępowanie w stosunku do pozwanej spółki (...) z uwagi na ogłoszenie upadłości obejmującej likwidację jej majątku.

Pismem z dnia 30 stycznia 2014 r. powód wniósł o wezwanie na podstawie art. 194 § 3 k.p.c. do wzięcia udziału w sprawie w charakterze pozwanej (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w S. (dalej inwestor). Zmodyfikowała swoje żądanie w ten sposób, że wniosła o: - zasądzenie od pierwotnych pozwanych i inwestora, solidarnie na swoją rzecz kwoty 971.267,39 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi w stosunku do pierwotnych pozwanych tak jak w pozwie, natomiast w stosunku do inwestora z odsetkami ustawowymi od dnia 9 stycznia 2014 r.; - o zasądzenie od pozwanych ad 1 i 2 kwoty 39.989,67 zł wraz z odsetkami liczonymi jak w pozwie; - o zasądzenie od pozwanych ad 1, 2 i inwestora kosztów procesu. W uzasadnieniu wyjaśnił, że (...) sp. z o. o. w S. była inwestorem na zadaniu „Budowa i wyposażenie I etapu (...) w S., a generalnym wykonawcą tego zadania było konsorcjum składające się z pozwanych ad 1 i 2. Stwierdził, że inwestor miał wiedzę, iż powód był jednym z podwykonawców wykonującym prace na tej budowie. Reprezentanci inwestora, tj. inspektor nadzoru budowlanego, inżynier kontraktu oraz inspektor nadzoru inwestorskiego byli obecni na budowie, brali udział w spotkaniach i odbiorach, w których uczestniczył powód. Nadto J. J. (1) i K. Ś. znały powoda z wcześniejszej inwestycji - Filharmonii (...). W ocenie powoda do powstania odpowiedzialności inwestora na podstawie art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. wystarczająca jest jego dorozumiana zgoda, wyrażająca się na przykład w tolerowaniu obecności podwykonawcy na placu budowy. Zdaniem powoda nawet przy przyjęciu, że inwestor nie wyraził w sposób formalny zgody na podwykonawstwo powoda, wyraził ją w sposób dorozumiany.

Postanowieniem z dnia 5 lutego 2014 roku Sąd Okręgowy w Szczecinie na podstawie art. 194 § 3 k.p.c. wezwał inwestora do udziału w sprawie w charakterze pozwanego.

W piśmie z dnia 19 lutego 2014 roku (...) sp. z o. o. w S. wniósł o oddalenie w stosunku do niego powództwa w całości oraz o zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów procesu. Przeprowadzonego przetargu zawarł z konsorcjum pozwanych ad 1 i 2 umowę, którą zlecił im realizację zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa i wyposażenie I etapu (...) w S. przy ul. (...)”. Integralną częścią zawartej umowy stanowią postanowienia czerwonego FIDIC. Zgodnie z tymi postanowieniami wykonawca nie miał prawa podzlecić jakiegokolwiek części robót bez zgody inwestora udzielonej na piśmie. Postanowienia te regulują również sposób zgłaszania podwykonawców inwestorowi. Inwestor podkreślił, że pozwana ad 2 nie zachowała wymagań związanych ze zgłaszaniem podwykonawców, o czym wielokrotnie przypominano mu na naradach. Inwestor wskazał, że w dzienniku budowy brak jest wpisów dotyczących powoda. Wyjaśnił, że roboty zbrojeniowe i szalunkowe rozpoczęły się przed wskazaną przez powoda datą zawarcia umowy z pozwaną ad 2, która nie poinformowała inwestora o fakcie

wykonywania robót przez tego podwykonawcę. Inwestor zwrócił uwagę, że nie jest dysponentem placu budowy, wobec czego pozwane mogły bez jego wiedzy wprowadzić na plac budowy niezaakceptowanych przez niego podwykonawców. Podkreślił, że nawet w sposób dorozumiany, tj poprzez czynną zgodę nie zaakceptował powoda jako podwykonawcy, ponieważ ani on ani inżynier kontraktu nie posiadali wiedzy o jego zaangażowaniu. Inwestor dowiedział się o domniemanych robotach powoda dopiero z jego pisma z dnia 21 grudnia 2012 r., w którym powód zwrócił się do niego o wstrzymanie płatności rzekomo wykonanych wcześniej robót.

W odpowiedzi na to pismo powód wskazał, że zgodnie z subklauzulą 4.4 (b) czerwonego FIDIC zgoda zamawiającego wymagana była tylko w odniesieniu do podwykonawców, którzy mieliby wykonywać prace spoza zakresu wyszczególnionego w ofercie pozwanych ad 1 i 2, a z treści złożonej przez nich oferty wynika, że prace z zakresu robót żelbetowych zamierzają powierzyć podwykonawcom. Oznacza to, że pozwany ad 2 nie miał obowiązku osobnego zgłoszenia podwykonawcy robót żelbetowych. Wskazał, że nieprawdzie jest stwierdzenie inwestora, że powód nie wykonywał prac w ramach prowadzonej przez niego inwestycji. Podkreślił, że inwestor miał świadomość, iż na budowie pracowali formalnie niezgłoszeni podwykonawcy. Inwestor wyraził zgodę na wykonywanie prac żelbetowych przez podwykonawcę bez konieczności jego osobnego zgłaszania. Stwierdził, że przed wszczęciem postępowania inwestor nie kwestionował faktu, że powód wykonywał prace żelbetowe i nigdy nie był traktowany przez inwestora jako dostawca.

Postanowieniem z dnia 19 maja 2014 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie zawiesił postępowanie w stosunku do Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki jawnej w S. z uwagi na ogłoszenie upadłości obejmującej likwidację jej majątku.

Pismem z dnia 11 września 2014 r. inwestor wniósł o zawieszenie w stosunku do niego postępowania sądowego z uwagi na ogłoszenie przez powoda swojej wierzycelności do masy upadłości.

Postanowieniami z dnia 15 września 2014 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie podjął zawieszone postępowanie przeciwko pozwanej Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w S. oraz oddalił wnioski inwestora o zawieszenie w stosunku do niego postępowania.

W dniu 7 listopada 2014 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie wydał wyrok zaoczny częściowy którym w punkcie I sentencji zasądził od pozwanej Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. na rzecz powoda kwotę 1.011.257,06 zł wraz z odsetkami od kwot: - 61.902,87 zł od dnia 8 czerwca 2012 r., - 209.445,69 zł od dnia 5 lipca 2012 r., - 39.989,67 zł od dnia 2 sierpnia 2012 r., - 186.151,56 zł od dnia 8 sierpnia 2012 r., - 282.228,92 zł od dnia 2 października 2012 r., - 231.538,35 zł od dnia 3 grudnia 2012 r., w punkcie II sentencji oddalił powództwo w pozostałej części, w punkcie III sentencji zasądził od tej pozwanej kwotę 57.780 zł tytułem kosztów postępowania, w punkcie IV sentencji nadał wyrokowi w punktach I i III rygor natychmiastowej wykonalności.

W piśmie przygotowawczym z dnia 3 grudnia 2014 r. oraz na rozprawie w dniu 26 stycznia 2015 r. powód stwierdził, że niewykonanie przez inwestora zobowiązania do przedłożenia dokumentacji związanej z zatwierdzeniem podwykonawców, świadczy o tym, że nie obowiązywały u niego żadne procedury dotyczące ich zgłaszania, a inwestor akceptował sytuację, że na budowie wykonywali prace niezgłoszeni podwykonawcy. Nadto z porównania listy zgłoszonych podwykonawców i podwykonawców, którzy rzeczywiście wykonywali prace na budowie wynika, że tych ostatnich było więcej o czym inwestor doskonale wiedział. Powód zwrócił uwagę, że z zeznań przesłuchanych świadków wynika, iż inżynier kontraktu oraz kierownik projektu inwestycyjnego posiadali wiedzę na temat uczestniczenia w inwestycji niezgłoszonych podwykonawców, w tym powoda. Powyższe zdaniem powoda przemawia za tym, że inwestor wiedział i wyraził zgodę na realizację robót przez powoda.

W piśmie przygotowawczym z dnia 11 grudnia 2014 r. oraz na rozprawie w dniu 26 stycznia 2015 r. inwestor podtrzymał swoje stanowisko i szczegółowo odniósł się do stwierdzeń powoda.

W wyroku z dnia 9 lutego 2015 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie oddalił powództwo oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7217 zł tytułem kosztów postępowania.

Sąd I instancji ustalił, że (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. jako inwestor zamieściła ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na wykonanie zadania pod nazwą „Budowa i Wyposażenie I etapu (...) w S. przy ul. (...)” o wartości 39.500.000 złotych. W wyniku przeprowadzonej procedury przetargowej zamówienie zostało udzielone Konsorcjum firm: (...) spółce jawnej w S. (dalej pozwana ad 2); Partner: Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. (dalej pozwana ad 1). Zamówienie przewidywało zlecenie podwykonawstwa. W ofercie pozwani ad 1 i 2 wskazali, że zamierzają powierzyć podwykonawcom roboty elektryczne, roboty instalacji sanitarnej i roboty żelbetowe.

W dniu 3 czerwca 2011 r. inwestor zawarł z Konsorcjum firm (...) spółce jawnej; Partner: Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. Kontrakt nr (...), którym zlecił Konsorcjum realizację zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa i Wyposażenie I etapu (...) w S. przy ul. (...)”. W § 1 ust. 2 strony Kontraktu postanowiły, że roboty będą realizowane według Warunków kontraktowych FIDIC na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego (inwestora). W § 2 ust. 2 umowy jej strony postanowiły, że szczegółowy zakres robót przedstawiają następujące dokumenty, które będą uważane oraz odczytywane i interpretowane jako części niniejszej umowy w następującej kolejności: 1) Akt Niniejszej Umowy, 2) Warunki Szczególne Kontraktu, 3) Warunki Ogólne Kontraktu, 4) Dokumentacja Projektowa, 5) Oferta Podwykonawcy. W § 3 strony kontraktu postanowiły, że przedstawicielem Wykonawcy (pозwanych 1 i 2) jest M. K., przedstawicielem zamawiającego jest L. B., inżynierem kontraktu przy Realizacji Robót jest Przedsiębiorstwo (...) sp. z o. o. w S., a jego przedstawicielem jest kierownik robót S. S.. Zgodnie z subklauzulą 4.4 (b) i (d) Warunków Szczególnych Kontraktu powierzenie jakiegokolwiek zakresu prac podwykonawcy w zakresie innym niż wskazany w ofercie, lub wcześniej potwierdzony przez zamawiającego, musi być uzasadniony przez podwykonawcę na piśmie i zaakceptowany zamawiającego. Zamawiający zaakceptuje bądź nie, taką zmianę według własnego uznania. Wykonawca nie ma prawa podzlecić jakiegokolwiek części robót bez uzyskania od zamawiającego uprzedniej zgody na piśmie. Wykonawca przedłoży zamawiającemu, poprzez Inżyniera, projekt umowy z podwykonawcą wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Jeżeli zamawiający nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń w terminie 14 dni od daty przedłożenia przez wykonawcę Inżynierowi Kontraktu, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Zgodnie z subklauzulą 15.2 (d) (i) zamawiający ma prawo odstąpić od umowy jeżeli wykonawca podzleca roboty lub dokonuje cesji Kontraktu lub jego części bez zgody zamawiającego, lub/i dopuszcza do wykonywania robót bez zgody zamawiającego przez podmiot inny niż wskazany w ofercie.

Funkcję inżyniera kontraktu dla zadania inwestycyjnego pod nazwą Budowa i Wyposażenie 1 Etapu (...) w S. przy ul. (...)” pełniła Przedsiębiorstwo Usług (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S.. Zespołem inżyniera kontraktu kierowała A. K.. Nadzór inwestorski w zakresie branży konstrukcyjno – budowlanej pełniła inspektor J. J. (1).

W dniu 14 kwietnia 2012 r. pozwana ad 1 zawarła z powodem umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie robót konstrukcji żelbetowych budynku C o wartości 400.000 zł (§ 1 ust. 1). Zgodnie z zawartą umową rozpoczęcie robót miało nastąpić do dnia 12 kwietnia 2012 r., a zakończenie robót miało nastąpić w dniu 30 września 2012 r. (§ 1 ust. 2). Aneksem nr (...) do umowy zawartym w dniu 6 sierpnia 2012 r. strony postanowiły rozszerzyć zakres robót o roboty konstrukcji żelbetowych budynku A począwszy od pierwszego piętra (rzędna 5,85 m) w zakresie słupów, podciągów, nadciągów, stropów, ścian klatki schodowej, ścian szybów windowych oraz montażu prefabrykowanych biegów schodowych i ustaliły termin realizacji tych robót na dzień 31 sierpnia 2012 r. (§ 1 ust. 1 i 2 aneksu). W dniu 2 października 2012 r. strony umowy zawarły aneks nr (...), w którym postanowiły rozszerzyć zakres robót dodatkowych o wykonanie dylatacji trzpieni żelbetowych, wykonanie biegu schodowego PB4 w klatce schodowej C2 i prefabrykację stali zbrojeniowej (§ 1 aneksu). W oświadczeniu do aneksu nr 1 umowy powód oświadczył między innymi, że będzie egzekwował żeby jego pracownicy posiadali odpowiednią odzież i sprzęt ochrony osobistej w tym kaski i kamizelki odbłaskowe z logo firmy.

Powód przystąpił do wykonywania robót żelbetowych zgodnie z umową zawartą z pozwaną ad 1. Roboty te wykonywało około 15-20 pracowników powoda. Oprócz powoda prace żelbetowe wykonywali trzej inni przedsiębiorcy. W czasie, gdy powód wykonywał swoje prace na budowie prowadzone były również inne rodzaje robót (np. ziemne). Inwestycja obejmowała budowę trzech budynków. Na budowie pracowało kilkadziesiąt osób. Roboty budowlane w imieniu inwestora odbierał inżynier kontraktu. Odbiory prac żelbetowych były dokonywane przy pracach zanikowych, nie zdarzały się częściej niż co 4-5 dni. Powód nie brał udziału w odbiorach robót. Przy odbiorach obecni byli Ł. F. i S. O., którzy nie podpisywali żadnych dokumentów. Prace żelbetowe wykonane w trakcie inwestycji zostały odebrane przez inwestora. Pracownicy powoda nie mieli na kamizelkach ani kaskach logo powoda. Na budowie znajdowały się trzy nieoznaczone kontenery powoda. Miała miejsce sytuacja, że inspektor nadzoru robót budowlanych J. J. (1) spotkała na budowie pracownika powoda, którego znała z widzenia, z wcześniejszej inwestycji na której powód wykonywał prace. Pracownik poinformował ją, że obecnie wykonuje pracę w spółce (...).

Powód wykonywał roboty budowlane zaraz po robotach budowlanych wykonywanych przez niego w Filharmonii. Inspektorem nadzoru na obu tych inwestycjach była J. J. (1). J. J. (1) znała z powoda i rozpoznawała jego pracowników, tj. rozpoznała Ł. F. pełniącego funkcję inżyniera budowy z ramienia podwykonawcy robót i G. K. (1) pracującego na stanowisku brygadzysty.

W dniach 10 maja, 6 czerwca, 4 i 10 lipca, 3 września, 5 listopada 2012 r. generalny wykonawca dokonał odbioru robót wykonanych przez powoda zgodnie z zawartą przez strony umową. Protokoły te nie zostały przedstawione inwestorowi. Powód zakończył prace w dniu 15 października 2012 r. Pozwane ad 1 i 2 nie przedłożyły Inżynierowi Kontraktu wniosku o zatwierdzenie jako podwykonawcy D. Z..

Sąd I instancji ustalił także, że w trakcie realizacji inwestycji odbywały się Rady Budowy i Narady Koordynacyjne. W trakcie Rad Budowy, które miały miejsce w dniach 12 stycznia, 16 lutego, 17 maja, 11 października 2012 r. oraz w trakcie Narad Koordynacyjnych, które odbyły się w dniach 19 stycznia, 2 i 9 lutego, 24 maja, 18 i 25 października oraz 8 listopada 2012 r. Kierownik Zespołu Inżyniera Kontraktu A. K. przypominała wykonawcy (pozwany ad 1 i 2) o konieczności zgłoszenia do akceptacji podwykonawców zgodnie z zapisami Subklauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu. Podczas Rady Budowy w dniu 11 października 2012 r. A. K. poinformowała, że do Inżyniera Kontraktu wpłynęły dwa wystąpienia dotyczące fasad i do obu projektów umów Inżynier Kontraktu i Zamawiający (inwestor) zgłosili zastrzeżenia i uwagi. Na naradzie koordynacyjnej w dniu 18 października 2012 r. zwrócono uwagę, że wystąpienia te są procedowane zgodnie z zapisami FIDIC. Na naradzie koordynacyjnej z dnia 25 października 2012 r. A. K. zwróciła dodatkowo uwagę, że w przypadku podzlecenia wykonania robót podwykonawcom bez pisemnej zgody inwestora Inżynier Kontraktu i zamawiający będą żądać usunięcia ich z budowy w trybie natychmiastowych. Na naradzie koordynacyjnej w dniu 8 listopada 2012 r. przedstawiciel wykonawców (pozwanych ad 1 i 2) B. S. oświadczył, że na budowie nie pracują niezgłoszeni podwykonawcy. Dopiero na Naradzie Koordynacyjnej z dnia 13 grudnia 2012 r. A. K. poinformowała, że w związku z powzięciem informacji o niezgłoszonym podwykonawcy oraz zaleganiu ze zobowiązaniami, ponownie przypomniała, iż zgodnie z zapisami kontraktu zamawiający ma prawo skorzystać z zapisów Klauzuli 15.2. Powód ani jego pracownicy nie uczestniczyli w Radach Budowy ani w Naradach Koordynacyjnych. Na naradach koordynacyjnych nikt nie wskazywał, że powód wykonuje prace jako podwykonawca.

Generalny wykonawca (pozwani ad 1 i 2) zatrudniał podwykonawców, a zwłaszcza podwykonawców branżowych i jego obowiązkiem było zgłoszenie do inżyniera kontraktu poszczególnych podwykonawców. Lider konsorcjum zgłaszał podwykonawców branżowych do inżyniera kontraktu. Zgłoszenia odbywały się w ten sposób, że wykonawca zgłaszał ich na piśmie, załączając projekt umowy, który zamierzał zawrzeć z podwykonawcą, terminy wykonania robót i ich zakres. Często do umowy załączał dokumentację projektową lub przywołane zapisy projektu, z którego wynikał zakres robót przeznaczony do wykonania przez podwykonawcę. Taki projekt inżyniera kontraktu miał obowiązek zweryfikować i wnieść do niego uwagi. Następnie projekt wraz z tymi uwagami przekazywany był inwestorowi. Po uzyskaniu stanowiska inwestora, które było pisemnie przekazywane do inżyniera kontraktu, inżynier przekazywał generalnemu wykonawcy stanowisko inwestora i swoje.

Wystąpieniem z dnia 22 lutego 2012 r. (SPNT 79) generalny wykonawca przedłożył Inżynierowi Kontraktu projekt umowy pomiędzy nimi i (...) sp. z o. o., która będzie realizowała roboty w branży elektrycznej jako podwykonawca. Inżynier Kontraktu przedstawił projekt tej umowy inwestorowi wraz ze swoimi uwagami. W odpowiedzi na pismo Inżyniera Kontraktu z 6 marca skierowanym do Inżyniera Kontraktu inwestor podzielił zastrzeżenia do treści umowy pomiędzy generalnym wykonawcami i podwykonawcą i wniósł o uwzględnienie wskazanych przez niego uwag. W piśmie z dnia 2 kwietnia 2012 r. Inżynier Kontraktu poinformował inwestora, że generalny wykonawca uwzględnił zgłoszone uwagi. Po naniesieniu poprawek generalny wykonawca przesłał inwestorowi poprawiony projekt umowy. Inżynier kontraktu zarekomendował tą umowę do zatwierdzenia. Pismem z dnia 16 kwietnia 2012 r. inwestor poinformował inżyniera kontraktu, że nie wnosi sprzeciwu ani zastrzeżeń do treści umowy pomiędzy wykonawcą a zgłoszonym podwykonawcą. W dniu 14 maja 2012 r. generalny wykonawca przesłał Inżynierowi Kontraktu umowę zawartą przez niego z firmą (...) sp. z o. o. wraz z załącznikami. W dniu 17 maja 2012 r. Inżynier Kontraktu przekazał tą umowę inwestorowi. Podobna procedura była stosowana w przypadku wszystkich zgłoszonych przez generalnego wykonawcę podwykonawców.

Pismem z dnia 28 maja 2012 r. Inżynier Kontraktu przypomniał pozwanym ad 1 i 2, że zgodnie z subklauzulą 4.4 Warunków Kontraktowych FIDIC pozwane powinny były z 28 dniowym wyprzedzeniem powiadomić Inżyniera Kontraktu o zamierzonej dacie rozpoczęcia pracy każdego podwykonawcy i rozpoczęcia takiej pracy na Placu Budowy. W piśmie Inżynier Kontraktu wyraził zaniepokojenie brakiem działań pozwanych ad 1 i 2 związanych ze zgłoszeniem podwykonawcy, który miałby wykonywać roboty z zakresu branży sanitarnej w budynku B. Wskazał, że w przypadku nieprzedłożenia z odpowiednim wyprzedzeniem umowy z podwykonawcą Inżynier nie wyrazi zgody na jego udział w robotach, do czasu zaakceptowania i podpisania umowy. Okoliczność ta może stanowić podstawę do złożenia roszczenia przez wykonawcę.

Pismem z dnia 21 grudnia 2012 r. powód zwrócił się do inwestora o przelanie na wskazane przez niego konto kwoty 931.267,39 zł, na którą składają się należności wynikające z faktury wystawionych przez niego pozwanej ad 1 w związku z wykonanymi pracami, roboty konstrukcji żelbetonowych w budynkach A i C obiektu budowa (...) w S. w związku z zawartą umową z pozwaną ad 2. Poinformował, że zaległości płatnicze potwierdza przesłane inwestorowi saldo zadłużenia (...) sp. z o. o. w S., a fakt wykonywania robót znany był inwestorowi. W piśmie z dnia 3 stycznia 2013 r. inwestor poinformował powoda, że brak jest podstaw do uwzględnienia jego żądań. Stanął na stanowisku, że czynna zgoda inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą może mieć miejsce tylko wówczas gdy ma on wiedzę o istotnych elementach tej umowy (przedmiocie prac i wynagrodzeniu) albowiem kreują one jego odpowiedzialność. Wyjaśnił, że pozwana ad 2 jako lider konsorcjum nie spełniła przesłanek określających sposób zgłoszenia podwykonawcy z art. 6471 § 2 k.c. W piśmie z dnia 14 stycznia 2013 r. stanowiącym odpowiedź na pismo pełnomocnika powoda z dnia 9 stycznia 2013 r. inwestor wyjaśnił, że nieprawdzie są sformułowania na temat wiedzy inwestora o fakcie wykonywania prac przez powoda na zadaniu inwestycyjnym „Budowa i Wyposażenie (...) w S.. Poinformował powoda, że wykonawca nie spełnił przesłanek formalno-prawnych określonych w art. 647 k.c., co oznacza, iż brak jest podstaw do uznania solidarnej odpowiedzialności inwestora. Pismem z dnia 9 stycznia 2014 r. powód wezwał inwestora do zapłaty kwoty 1.011.257,06 zł. W odpowiedzi na powyższe wezwanie inwestor odmówił zapłaty tej kwoty. Stanął na stanowisku, że żądanie oparte o art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. pozbawione jest podstaw formalnych i prawnych. Oświadczył, że powód nie został zgłoszony przez głównego wykonawcę, tj. Konsorcjum pozwanych 1 i 2 jako podwykonawca robót, a tym samym nie został zatwierdzony przez zamawiającego jako podwykonawca, zgodnie z wymaganiami Kodeksu cywilnego oraz Warunkami Kontraktu zawartego przez inwestora z głównym wykonawcą (konsorcjum firm pozwanych ad 1 i 2 ).

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał powództwo za się niezasadne. Wskazał, że bezsporne było w sprawie zawarcie umowy pomiędzy przyzwanym (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w S., jako inwestorem, a konsorcjum firm pozwanych, jako generalnym realizatorem zadania inwestycyjnego „Budowa i wyposażenie I etapu (...) w S. przy ulicy (...)” w S.. Umowa została zawarta w trybie zamówienia publicznego. Nie było też sporne zawarcie umowy pomiędzy powodem a pozwanym ad 1 (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w S. umowy o roboty budowlane z dnia 14 kwietnia 2012 roku, która została zawarta na realizację prac w zakresie wykonania robót konstrukcji żelbetonowych na inwestycji realizowanej na budynku C (...) w S.. Powód dochodził także

od pozwanego ad 1 wynagrodzenia z tytułu realizowanych prac na innej inwestycji przy budowie żłobka miejskiego w S.. Wobec pozwanego ad 1 zapadł w niniejszej sprawie w dniu 7 listopada 2014 roku wyrok zaoczny częściowy, który jest już prawomocny.

Powództwo oparte było na przepisie art. 647 k.c. w zw. z art. 647 (1) § 5 k.c. Pierwszy z powołanych przepisów zawiera definicję umowy o roboty budowlane stanowiąc, że przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Zgodnie zaś z art. 647 (1) § 5 k.c. zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Analiza wszystkich przepisów art. 647 (1) k.c., w szczególności jego paragrafu 2 i 3 prowadzi do wniosku, że przesłanką solidarnej odpowiedzialności inwestora jest jego zgoda na zawarcie umowy z podwykonawcą.

Nie budziła wątpliwości kwalifikacja umowy zawartej przez powoda ze spółką (...), na podstawie której powód wykonał prace, za które domaga się zapłaty od pozwanego- inwestora i ustalenie, umowa ta spełnia kryteria pozwalające zaliczyć ją do umów o roboty budowlane. Rozważenia wymagało, czy spełniona została podstawowa przesłanka odpowiedzialności inwestora statuowana przepisem 647<sup>1</sup> §2 k.c., a mianowicie zgoda inwestora na wykonywanie robót przez powoda.

Sąd wskazał, że zgoda inwestora, o której mowa w art. 647<sup>1</sup> §2 k.c., 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 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. Sąd podkreślił, 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. Inwestor nie musi znać treści całej umowy lub jej projektu. Zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą może być wyrażona w każdy sposób bez konieczności przedstawienia inwestorowi umowy z podwykonawcą lub jej projektu z odpowiednią dokumentacją. Istotne jest, aby umowa została zindywidualizowana podmiotowo i przedmiotowo. Sąd zwrócił też uwagę na dominujący w orzecznictwie sądowym nurt, że niezbędne jest by wiedza inwestora dotyczyła umowy zindywidualizowanej podmiotowo i przedmiotowo. Z samych twierdzeń powoda wynikało, że inwestor wiedział o tym, że powód wykonuje roboty oraz akceptowała jego uczestnictwo. Z twierdzeń powoda nie wynika natomiast, że dopozwana wiedziała o umowie zawartej z (...), znała precyzyjnie przedmiot umowy, a więc zakres zleconych prac, znała uzgodnienia powoda z (...) w sprawie wysokości wynagrodzenia powoda, zasad jego wypłaty i terminów wymagalności. Powód nie wykazał, ani właściwie nie twierdził, że dopozwana miała wiedzę na temat zindywidualizowanej podmiotowo i przedmiotowo umowy pomiędzy powodem a (...). Ponadto przeprowadzone w sprawie dowody nie potwierdzają, aby inwestor miał wiedzę o tym, że powód realizując roboty na budowie wykonywał je jako podwykonawca. W dzienniku budowy nie znajdują się żadne wpisy dotyczące powoda lub jego przedsiębiorstwa, jak wynika z załączonych protokołów z narad inwestycyjnych powód nie brał udziału w cyklicznych naradach na budowie. Brak oznaczeń pracowników powoda poprzez posiadanie kamizelek z logo firmy powoda – co przyznał sam powód, także dowodzi, że inwestor

nie miał wiedzy, że powód realizuje prace na budowie jako niezgłoszony podwykonawca. W ocenie Sądu Okręgowego niewiarygodne są twierdzenia powoda, jakoby na budowie znajdowały się kontenery budowlane z napisem jego firmy. Powyższego twierdzenia nie potwierdził przekonywująco żaden ze świadków, zaś same jedynie zeznania powoda Sąd uznał za niewiarygodne. Świadek S. O. wskazując na fakt oznakowania baraków powoda, nie był w stanie precyzyjnie określić jak te oznaczenia wyglądały. Ponadto fakt przywoływania owych oznaczeń jest niewystarczający, dla przypisania dopozwanej wiedzy i zgody na wykonywania prac przez podwykonawcę, gdyż w świetle protokołów z narad koordynacyjnych inwestorowi zależało aby wszyscy podwykonawcy zostali zgłoszeni zgodnie z formalnymi wymaganiami. Powód nie uczestniczył w naradach koordynacyjnych, zaś jak wynika z protokołów narad znajdujących się w aktach sprawy na naradzie koordynacyjnej w dniu 8 listopada 2012 r. przedstawiciel wykonawców (pозwanych ad 1 i 2) B. S. oświadczył, że na budowie nie pracują niezgłoszeni podwykonawcy. Dopiero na Naradzie Koordynacyjnej z dnia 13 grudnia 2012 r. A. K. – pełniąca funkcję na inwestycji inżyniera kontraktu poinformowała, że w związku z powzięciem informacji o niezgłoszonym podwykonawcy oraz zaleganiu ze zobowiązaniami, ponownie przypomniała, iż zgodnie z zapisami kontraktu zamawiający ma prawo skorzystać z zapisów Klauzuli 15.2. Sąd podkreślił, że w tej dacie powód nie wykonywał żadnych robót na budowie, gdyż swoje prace zakończył w połowie października 2012 roku. Ponadto inwestor przewidział szczególną i szczegółową procedurę zatwierdzania podwykonawców, zaś inżynier kontraktu przypominał wielokrotnie wykonawcom o konieczności ujawniania podwykonawców i procedurze zgłaszania podwykonawców. Ponadto, w razie stwierdzenia, iż na budowie przebywają niezgłoszeni podwykonawcy wzywał wykonawców tak jak w przypadku robót z zakresu branży sanitarnej w budynku B do dopełnienia wszystkich formalności. Z powyższego wynika, że inwestor czynił starania, aby podwykonawcy realizujący prace na rzecz generalnego wykonawcy zostali formalnie zgłoszeni. Sąd dodał, że z umowy łączącej dopozwaną oraz konsorcjum wykonawców wynika, że integralną część umowy stanowiły postanowienia FIDIC. Zgodnie z subklauzulą 4.4 (b) i (d) Warunków Szczególnych Kontraktu powierzenie jakiegokolwiek zakresu prac podwykonawcy w zakresie innym niż wskazany w ofercie, lub wcześniej potwierdzony przez zamawiającego, musi być uzasadniony przez podwykonawcę na piśmie i zaakceptowany zamawiającego. Zamawiający zaakceptuje bądź nie, taką zmianę według własnego uznania. Wykonawca nie ma prawa podzlecić jakiegokolwiek części robót bez uzyskania od zamawiającego uprzedniej zgody na piśmie. Wykonawca przedłożył zamawiającemu, poprzez Inżyniera, projekt umowy z podwykonawcą wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Jeżeli zamawiający nie zgłosił na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń w terminie 14 dni od daty przedłożenia przez wykonawcę Inżynierowi Kontraktu, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. W niniejszej sprawie w sposób nieuprawniony powód wywodził, iż treści subklauzuli 4.4 (a) wynika, że wykonawca nie musi ubiegać się o zgodę na podwykonawców wskazanych w ofercie, gdzie oświadczone, że wykonawca zamierza powierzyć wykonywanie robót elektrycznych, instalacji sanitarnej i robót żelbetowych. Jak wynika z przytoczonych wcześniej wywodów, dla przyjęcia odpowiedzialności solidarnej inwestora niezbędne jest aby wiedza inwestora dotyczyła umowy zindywidualizowanej podmiotowo i przedmiotowo, a zatem dla zaaprobowania toku rozumowania powoda, niezbędnym byłoby, aby już w ofercie wskazani zostali podwykonawcy. Nie jest możliwe dla przyjęcia odpowiedzialności inwestora wyrażenie blankietowej zgody na podwykonawców w sytuacji, gdy w ofercie wskazany jest jedynie zakres prac, które wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom, bez wskazania konkretnego rodzaju i zakresu prac i określenia konkretnych podwykonawców. Ponadto zapisy subklauzuli 4.4 (a) należy rozpatrywać łącznie z zapisami subklauzuli 4.4 (b). Skoro powierzenie podwykonawcom jakiegokolwiek zakresu prac w rozmiarze innym niż wskazany w ofercie lub też zakresu, który nie został ujęty w ofercie jako taki który ma być wykonywany przez podwykonawców wymaga uzasadnionego wniosku wykonawcy, który zamawiający może lecz nie musi uwzględnić. Zatem zapis w subklauzuli 4.4 (a) o braku konieczności uzyskania zgody odnosi się jedynie do zakresu robót (części zamówienia) wskazanej w ofercie. Ponadto należy odwołać się do zapisu w ostatnim zdaniu subklauzuli 4.4 (b), gdzie wskazano, że wykonawca nie ma prawa podzlecić jakiegokolwiek części robót bez uzyskania od zamawiającego uprzedniej zgody na piśmie. Całokształt okoliczności sprawy udokumentowany pismami protokołami z narad koordynacyjnych prowadzi do wniosku, że zamawiający dbał o to, aby procedura zgłaszania podwykonawców była przestrzegana, ponadto wzywał wykonawcę do wypełniania w tym zakresie postanowień umownych. Nie sposób więc uznać, także w świetle dowodu z zeznań świadków aby dopozwana posiadała wiedzę, która oznacza zgodę na zawarcie umowy, o której mowa w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c.



Przypozwany (...) ustosunkowując się do twierdzeń pozwu zaprzeczył temu, iż wiedział, że to właśnie powód jako podwykonawca spółki (...) wykonywał prace żelbetowe. Powód utrzymywał, że inspektor nadzoru J. J. (1) znająca powoda z realizacji wcześniejszej inwestycji przy realizacji budowy filharmonii, wiedziała, że firma powoda realizuje roboty żelbetowe jako podwykonawca członka konsorcjum (...). Powyższe nie zostało potwierdzone w toku procesu, zaś same tylko wyjaśnienia powoda Sąd uznał za niewystarczające. Świadek J. potwierdziła, że spotkała na budowie jednego z pracowników, których znała z prac przy filharmonii, lecz utrzymywała, że wskazał on, iż pracuje dla spółki (...). Inżynier budowy powoda Ł. F. zeznał co prawda, że jego zdaniem inspektor nadzoru miała wiedzę, że prace żelbetowe realizuje firma powoda, lecz owe przypuszczenie wywodził, z faktu wcześniejszych prac na obiekcie filharmonii, zeznając jednocześnie, że nie przypomina sobie żadnych rozmów w tym temacie z inspektorem nadzoru, choć spotykali się niemal codziennie. Świadek przywoływał jedynie własne odczucia, że inspektor nadzoru była mile zaskoczona, że firma powoda będzie realizowała prace. Powyższe zeznania świadka odwołujące się jedynie do przypuszczeń, jego wrażeń, czy też odczuć są nie wystarczające do przypisania inwestorowi odpowiedzialności a art. 647<sup>(1)</sup> k.c. Świadek T. B. nie był stanie umiejscowić obu inwestycji w czasie, wskazując, że budowa przy (...) i filharmonii mieszają mu się. Świadek S. O. akcentował jedynie fakt, że inspektor nadzoru witała się z powodem i zwracała do niego „Panie D.”. Z powyższego nie sposób wywieść wniosku o wiedzy i wyrażeniu zgody przez inwestora na podwykonawcę. Zeznania świadka G. K. (1) nic nie wniosły do sprawy. Z zeznań świadka R. K. wynika, jedynie, że inspektor nadzoru znała powoda i niektórych jego pracowników z racji wcześniejszej realizacji umowy podwykonawczej przy budowie na filharmonii. W ocenie Sądu Okręgowego ten fakt był niewystarczający do przypisania odpowiedzialności inwestora. Sąd zaznaczył, że dopiero na przełomie 2012 i 2013 roku inwestor powziął informację, iż na budowie znajdują się niezgłoszeni podwykonawcy, co wynika z protokołu narady koordynacyjnej z 13 grudnia 2012 roku, a więc już po zakończeniu realizacji prac przez powoda. Powyższe wynika także z zeznań świadka A. K.. Powód dopiero pod koniec 2012 roku zwrócił się do zamawiającego ze swoim roszczeniem. Jak wynika z wyjaśnień samego powoda w toku realizacji inwestycji nie upewniał się, czy dopełniono formalności odnośnie zgłoszenia go jako podwykonawcy, zawierając jak to określił, ustnym zapewnieniom ze strony przedstawiciela firmy (...). Ponadto co trafnie akcentował zamawiający, te żądanie zgłosił dopiero po tym, jak nie uzyskał zaspokojenia od pozwanych ad 1 i ad 2 (powód próbował w zamian za zapłaty wynagrodzenia uzyskać własność nieruchomości pozwanej).

Ustalając stan faktyczny Sąd I instancji oparł się w pierwszej kolejności na niekwestionowanych przez żadną ze stron dowodach z dokumentów oraz zeznaniach przesłuchanych w sprawie świadków. Sąd nie uwzględnił wyjaśnień powoda, w tej części, w której nie pokrywały się z zeznaniami świadków. Zeznania świadków zostały umówione w treści uzasadnienia.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów procesu oparto na przepisach art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 108 k.p.c. Na przyznane od pozwanych na rzecz powoda koszty składała się kwota 17 zł tytułem uiszczonyj opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz 7.200 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, ustalone na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t. jedn. Dz. U. 2013 rok, poz.490)

Apelację od powyższego wyroku złożył powód zaskarżając wyrok w całości i wnosząc o jego zmianę poprzez zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kwoty 971.267,39 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 09 stycznia 2014 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Skarżący zarzucił rozstrzygnięciu:

- błędy w ustaleniach faktycznych oraz obrazę art.647<sup>(1)</sup> § 2 i § 5 k.c. w związku z art.60 k.c. poprzez przyjęcie przez Sąd, że pozwana nie wyraziła zgody na zawarcie umowy przez wykonawcę z powodem na inwestycji pozwanej „Budowa i Wyposażenie I Etapu (...) w S. przy ul. (...)” pomimo, że z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że pozwana była świadoma, że roboty żelbetowe będzie realizował podwykonawca, wyraziła zgodę na to, aby wykonawca roboty żelbetowe podzlecił, nigdy nie żądała od wykonawcy zgłoszenia podwykonawcy robót żelbetowych, zaś reprezentanci pozwanej na inwestycji tj. A. K. kierownik zespołu inżyniera kontraktu oraz J. J. (1) inspektor

nadzoru inwestorskiego zeznały, że wiedziały, że powód prowadzi firmę, wiedziały, że firma powoda wykonuje roboty żelbetowe, co dowodzi tego, że pozwana w sposób dorozumiany zaakceptowała powoda, jako podwykonawcę;

- błędy w ustaleniach faktycznych polegające na przyjęciu przez Sąd I instancji, że akceptacja podwykonawców przez pozwaną jako inwestora miała charakter sformalizowany, podczas gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że inwestycję realizowali podwykonawcy nie zgłoszeni formalnie pozwanej, co oznacza, że pozwana nie stosowała procedury zatwierdzania podwykonawców w odniesieniu do wszystkich podwykonawców oraz, że akceptowała fakt, że na inwestycji roboty wykonywali niezgłoszeni formalnie podwykonawcy skoro mając taką wiedzę nie wyciągała wobec wykonawcy żadnych konsekwencji z tego tytułu;

- przekroczenie przez Sąd granic swobodnej oceny materiału dowodowego i dokonanie przez Sąd oceny materiału dowodowego niezgodnie z regułami logiki i zasadami doświadczenia życiowego polegające na oparciu się przez Sąd na twierdzeniach J. J. (1) oraz jej pisemnym oświadczeniu z dnia 18.02.2014 r., a w konsekwencji błędne ustalenie, że powód nie wykonywał prac na inwestycji jako podwykonawca pomimo, że z zeznań J. J. (1) i pozostałych świadków wynika, że J. J. (1) wiedziała, że powód prowadzi firmę, znała przedmiot działalności powoda, współpracowała wcześniej z powodem, znała powoda i jego pracowników a co za tym idzie doskonale wiedziała, że powód realizuje prace żelbetowe na inwestycji pozwanej jako podwykonawca;

- naruszenie przez Sąd art.233 § 2 k.p.c. w związku z art.248 k.p.c. poprzez niewyciągnięcie przez Sądu wniosków z odmowy wykonania przez pozwaną zarządzenia Sądu z dnia 15 września 2014 r. zobowiązującego pozwaną do złożenia dokumentacji związanej z zatwierdzaniem podwykonawców na inwestycji, która to odmowa pozwanej uniemożliwiła powodowi wykazanie, że pozwana nie stosowała opisywanej przez siebie w toku postępowania procedury zatwierdzania podwykonawców na inwestycji wobec wszystkich podwykonawców, a wręcz przeciwnie, jednych podwykonawców na zadaniu zatwierdzała, a innych podwykonawców tak jak powoda akceptowała bez formalnego zatwierdzenia.

W uzasadnieniu skarżący wskazał, że ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że pozwana już na etapie szukania wykonawcy dla swojej inwestycji, przewidywała, że część robót wykonawca podzleci podwykonawcom. W swojej ofercie dla pozwanej, wykonawca - konsorcjum wskazało, że zamierza podzlecić wykonanie specjalistycznych prac jakimi są m.in. prace żelbetowe, podwykonawcy na co pozwana wyraziła zgodę wprost w umowie z wykonawcą. Reprezentanci pozwanej na budowie tj. kierownik zespołu inżyniera kontraktu A. K. i inspektor nadzoru inwestorskiego J. J. (1) - wiedzieli, że roboty żelbetowe na zadaniu wykonywała firma powoda skoro ci sami reprezentanci pozwanej współpracowali z powodem na innym, równoległym prowadzonym zadaniu inwestycyjnym, na którym powód wykonywał te same specjalistyczne roboty żelbetowe. Wykonywane przez powoda prace stanowiły znaczną, trudną, pierwszą część zadania. Inwestor permanentnie, co kilka dni, dokonywał odbiorów robót żelbetowych. Fakt, że pozwana nie żądała zatwierdzenia podwykonawcy w zakresie robót żelbetowych - pomimo że były to znaczna część inwestycji oraz, że te roboty były wykonywane w pierwszej kolejności - dodatkowo potwierdza, że pozwana od początku wyraziła zgodę na to, aby roboty żelbetowe wykonywał powód. W innym razie pozwana żądałaby od wykonawcy - konsorcjum zgłoszenia podwykonawcy nie tylko co do robót sanitarnych i elektrycznych ale również żelbetowych. Gdyby sama pozwana - będąca spółką gminy Miasto S. lub powołany przez gminę Miasto S. dla pozwanej inżynier kontraktu od początku należycie nadzorowali inwestycję, powód tak jak pozostali podwykonawcy, zostałby uznany za zatwierdzonego podwykonawcę. W kontekście powyższego nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia aby pozwana wybiórczo, swobodnie, jednych podwykonawców kwalifikowała, a innym odmawiała statusu podwykonawców zatwierdzonych, ani aby pozwana traktowała powoda inaczej aniżeli pozostałych podwykonawców i nie zapłaciła powodowi należnego mu wynagrodzenia. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego odnoszącym się do solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy (uchwała SN siedmiu sędziów z dnia 29 kwietnia 2008 r. w sprawie III CZP 6/08) „wy starczającym zabezpieczeniem interesów inwestora jest jego wiedza o przedmiocie i potrzebach realizacyjnych projektowanej lub prowadzonej już inwestycji, a także przynajmniej taka dbałość i własne interesy, jakiej można oczekiwać od

przeciętnego uczestnika procesu inwestycyjnego. Nie ma powodów do założenia, że inwestor, nawet jeśli nie jest przedsiębiorcą, wymaga szczególnej ochrony przed własnymi pochopnymi decyzjami".

Skarżący podniósł również, że Sąd Okręgowy błędnie uznał, że akceptacja podwykonawców przez pozwaną jako inwestora miała charakter sformalizowany. Z zebranego w sprawie materiału dowodowego (np. protokoły z rad budowy, protokoły z narad koordynacyjnych nr (...), (...). (...), (...), (...), (...), (...)) wynika, że inwestycję realizowali podwykonawcy nie zgłoszeni formalnie pozwanej. Fakt, że inżynier kontraktu permanentnie żądał od wykonawcy, aby ten dokonał formalnego zgłoszenia podwykonawców oraz fakt, że inwestorowi w toku inwestycji wiadomo było o zaleganiu wykonawcy z płatnościami wobec podwykonawców samo w sobie wskazuje, że pozwana nie stosowała procedury zatwierdzania podwykonawców w odniesieniu do wszystkich podwykonawców. Co więcej pozwana akceptowała fakt, że na prowadzonej przez nią inwestycji roboty wykonywali niezgłoszeni formalnie podwykonawcy. O powyższym świadczy fakt, że pomimo że miała taką wiedzę i narzędzia do wyegzekwowania od wykonawcy zgłoszenia wszystkich podwykonawców, pozwana nie wyciągała wobec wykonawcy żadnych konsekwencji z tego tytułu. Powód podkreślił, że w toku postępowania pozwana poza zeznaniami świadka A. K. i treścią umowy z wykonawcą, nie złożyła żadnych dokumentów potwierdzających, że rzeczywiście na inwestycji pozwana wyłącznie w sposób formalny zatwierdzała podwykonawców. W ocenie powoda, Sąd I instancji uznając, że pozwana nie zaakceptowała powoda jako podwykonawcę, bez formalnego zatwierdzenia, naruszył art.647<sup>1</sup> § 2 i § 5 k.c. w związku z art.60 k.c.

W ocenie skarżącego Sąd wadliwie w znacznej części swoje ustalenia oparł na zeznaniach świadka J. J. (1). Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika m.in, że Sąd I instancji dał wiarę zeznaniom J. J. (1) i złożonemu przez nią oświadczeniu na piśmie z dnia 18.02.2014 r. jakoby powód nie wykonywał prac na inwestycji pozwanej ani nie został formalnie zgłoszony jako podwykonawca. Nie sposób przyjąć, że pełniąca na inwestycji funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego J. J. (1), która spotkała się z powodem jako wykonawcą robót żelbetowych na innej inwestycji Miasta S. tj. na budowie Filharmonii (...), na której pełniła tę samą funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, nie wiedziała, że na inwestycji pozwanej powód jest podwykonawcą. Tym bardziej jest to nieprawdopodobne, że obie inwestycje częściowo były prowadzone równolegle. Z jednej strony świadek J. J. (1) przyznała, że „znała powoda z innych inwestycji”, nie tylko z inwestycji Filharmonii (...), ale również z innych „Kojarzę powoda, wiem, że pracował na innej inwestycji, gdzie byłam również inspektorem nadzoru. Były to prace przy Filharmonii (...)”, wiedziała, iż powód prowadzi firmę i wiedziała czym firma powoda się zajmuje „na Filharmonii firma powoda była podwykonawcą w zakresie robót żelbetowych”. Z drugiej strony świadek J. J. (1) złożyła oświadczenie na piśmie, w którym stwierdziła, że powód nie wykonywał robót na inwestycji pozwanej. Generalnie z zeznań świadka J. J. (1) wynika jakoby powód oraz jego pracownicy, których J. J. (1) znała i którzy znali J. J. (1), nie wiadomo w jakim charakterze przebywali przez kilka miesięcy na inwestycji. Sąd I instancji nie wziął pod uwagę, że z zeznaniami świadka J. J. (1) w części dotyczącej znajomości powoda, jego firmy, jej przedmiotu i pracowników korespondują zeznania pracowników powoda, np. świadka S. O. który wskazywał, że „W niektórych odbiorach Pan Z. uczestniczył na (...) i pani inspektor się z nim przywitała. Mówiła „dzień dobry panie D., co wskazywał na to, że się znają”, świadka Ł. F., który stwierdził, że „inspektor nadzoru miał wiedzę, że prace żelbetowe realizuje firma powoda gdyż inspektora nadzoru znałem wcześniej, z poprzedniej inwestycji....Podczas pierwszej rozmowy było miłym zaskoczenie, że spotykamy się ponownie.” świadka G. K. (1) który twierdził, „Z ramienia inwestora pojawiał się pani inspektor J.. Pani J. dobrze nas znała, gdyż wcześniej znaliśmy się z Filharmonii.... Pani J. jakby się ucieszyła, że nas zobaczyła na tej budowie, gdyż mówiła, że dobrze się nam współpracowało wcześniej na Filharmonii, Była zadowolona...” jak również zeznania samego powoda. Właśnie zeznania pracowników powoda, którzy wskazują, że J. J. (1) była zadowolona, że tak istotne prace na inwestycji pozwanej wykonuje firma powoda uwiarygadniają stanowisko powoda, że pozwana wiedziała, że to firma powoda realizuje roboty żelbetowe i akceptowała powoda jako podwykonawcę tych robót. Zresztą nawet kierownik zespołu inżyniera kontraktu A. K. zeznała, że współpracowała z powodem jako podwykonawcą na inwestycji w Filharmonii (...). Również R. K. - kierownik budowy z ramienia członka konsorcjum (...) zeznawał, że na obu inwestycjach tj. inwestycji pozwanej i Filharmonii (...) występował ten sam nadzór inwestorski. Oceniając wiarygodność zeznań J. J. (1), Sąd I instancji powinien był wziąć pod uwagę, że w branży budowlanej, szczególnie w odniesieniu do robót specjalistycznych, uczestnicy procesu budowlanego doskonale się

znają. Tym bardziej znają się osoby, które w niewielkim odstępie czasu współpracują ze sobą, w tej samej konfiguracji, przy okazji innych inwestycji na terenie S.. W kontekście powyższego, opierając się na regułach logicznego myślenia i zasadach doświadczenia życiowego, nie sposób przyjąć, że J. J. (1) jako inspektor nadzoru inwestorskiego nie wiedziała, że firma powoda przez kilka miesięcy wykonywała roboty żelbetowe na inwestycji pozwanej. Tym bardziej, że roboty żelbetowe były podstawowe i jak sama świadek zeznała zasadnicze dla całej inwestycji „Bez prac żelbetowych nie można prowadzić inwestycji, jest to zasadniczy kierunek realizacji”. W/w okoliczności świadczą o tym, że świadek J. J. (1) jest niewiarygodna, zaś złożone przez nią na rzecz pozwanej oświadczenie z dnia 18.02.2014 r. nieprawdziwe. Zresztą na niewiarygodność zeznań świadka J. J. (1) wskazują jej zeznania w innych kwestiach. Świadek ta mijają się z prawdą twierdząc np. że „Do upadłości (...) nie było żadnego problemu z podwykonawcami na tej budowie” podczas gdy z protokołów z rad budowy (np. nr 1,2,5,10,12) wprost wynika, że pozwana wiedziała, iż na budowie pracują niezgłoszeni formalnie podwykonawcy skoro na każdej radzie budowy tą kwestię podnosiła! Świadek J. J. (1) twierdziła, że na inwestycji nie było żadnego niezatwierdzonego podwykonawcy. Zeznawała m.in. że „Gdyby zaistniał taki fakt, że inwestor poprzez inżyniera kontraktu zorientowałby się, że na tej inwestycji pracuje podwykonawca, który nie został formalnie zgłoszony przez generalnego wykonawcę, to byśmy się domagali albo wycofania tego nieformalnego wykonawcy, albo jego formalnego zgłoszenia.” Podczas gdy zeznania kierownika zespołu inżyniera kontraktu oraz protokoły z rad budowy wskazują jednoznacznie, że pozwana była świadoma, iż na budowie prace realizują podwykonawcy nie zatwierdzeni formalnie przez pozwaną itd.

Skarżący podniósł, że pomimo zarządzenia Sądu z dnia 15 września 2014 r. zobowiązującego pozwaną do złożenia dokumentacji związanej z zatwierdzaniem podwykonawców na inwestycji, pozwana takiej dokumentacji Sądowi nie przedłożyła. Z jednej strony Sąd I instancji prawidłowo uznał celowość przeprowadzenia dowodu z dokumentacji pozwanej, co pozwoliłoby potwierdzić lub zaprzeczyć prezentowanej przez pozwaną w toku postępowania wersji jakoby wszystkich podwykonawców pozwana zatwierdzała formalnie. Z drugiej strony, pomimo odmowy pozwanej przedłożenia dokumentacji, bez podania jakiegokolwiek przyczyny odmowy, Sąd nie wyciągnął zgodnie z art.233 § 2 k.p.c. z tego żadnych negatywnych dla pozwanej skutków. Odmowa przedłożenia przez pozwaną dokumentacji miała istotny wpływ na wynik postępowania gdyż uniemożliwiła powodowi wykazanie, że pozwana nie stosowała żadnej sformalizowanej procedury zatwierdzania podwykonawców, a wręcz przeciwnie niektórych podwykonawców zatwierdzała w nieformalny sposób. Powód nie może ponosić negatywnych konsekwencji odmowy przedłożenia przez pozwaną istotnych dla sprawy dokumentów.

Pozwana w piśmie procesowym z dnia 14 lipca 2015 r. stanowiącym odpowiedź na apelację wniosła o jej oddalenie oraz zasądzenie od powoda kosztów zastępstwa prawnego.

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

Apelacja powoda 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 Przegląd Sądowy 1938, poz. 380 i z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 83). Jak jednolicie wskazuje się w judykaturze, obowiązek rozpoznania sprawy w granicach apelacji (art. 378 § 1 k.p.c.), oznacza związaną sądu odwoławczego zarzutami prawa procesowego (tak Sąd Najwyższy min. w uchwale z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07), za wyjątkiem oczywiście tego rodzaju naruszeń, które skutkują nieważnością postępowania. Sąd Apelacyjny nie dostrzegł ich wystąpienia w niniejszej sprawie. Nie zasługiwały na uwzględnienie zarówno zarzuty dotyczące naruszenia przez Sąd I instancji przepisów procedury (art. 233 k.p.c., art. 248 k.p.c.) i w konsekwencji zarzuty wadliwych ustaleń faktycznych, jak również przepisów prawa materialnego (art. 60 k.c. i art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c.).

W pierwszej kolejności odnieść się należało do kwestii zakresu przeprowadzonego w sprawie postępowania dowodowego z uwagi na złożenie przez strony już na etapie odwoławczym nowych wniosków dowodowych. Uznać

je należało albo jako spóźnione (art. 381 k.p.c.), albo jako dotyczące okoliczności nieistotnych dla rozstrzygnięcia (art. 227 k.p.c.). Pozwana do pisma procesowego z dnia 14 lipca 2014 r. (karty 1596 – 1602 akt) dołączyła pismo Komendy Wojewódzkiej Policji w S. z dnia 19 czerwca 2015 r. informujące o toczącym się śledztwie o czyny określone w art. 300 § 1 k.k. i wzywającym reprezentanta pozwanej do stawiennictwa celem złożenia zeznań. Tego rodzaju informacje wynikające z powyższego pisma w żadnym przypadku nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia. Na jego podstawie możliwe jest tylko ustalenie, co zresztą między stronami nie było sporne, że śledztwo się toczy i w ramach niego zaistniała konieczność przesłuchania prezesa pozwanej spółki. Tego rodzaju ustalenie nie odnosi się więc do okoliczności istotnych z punktu widzenia zastosowania normy przepisu art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c. Istota bowiem sporu sprowadzała się do kwestii wyrażenia czy to czynnej, czy też biernej zgody pozwanej jako inwestora na wykonywanie prac przez powoda jako podwykonawcę.

Z kolei powód w piśmie procesowym z dnia 21 października 2015 r. (karty 1611 – 1630 akt) złożył wnioski o przesłuchanie świadków J. T., S. M. oraz R. Ł., a nadto wniósł o przeprowadzenie dowodów z dołączonego do tego pisma zdjęcia oraz protokołów zeznań wskazanych wyżej świadków złożonych w ramach toczącego się śledztwa. Zgodnie z treścią art. 381 k.p.c., sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później. Powód uzasadnił złożenie nowych wniosków dowodowych treścią złożonych przez świadków zeznań, o których strona dowiedziała się dopiero w dniu 19 października 2015 r. Odnosnie zdjęcia powód jakiegokolwiek argumentacji nie przedstawił. W ocenie Sądu Apelacyjnego wszystkie powyższe wnioski dowodowe uznać należało za spóźnione. Analiza też dowodowych zawartych w piśmie z dnia 21 października 2015 r. jednoznacznie wskazuje, że potrzeba powołania tych dowodów istniała od samego początku postępowania pomiędzy stronami. Odnosiła się ona bowiem bezpośrednio do przesłanek stosowania art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c., które stanowiły podstawę roszczenia objętego pozwem. Świadczenie bowiem mieli zeznawać na okoliczności związane z wykonywaniem prac na budowie, ich odbiorem przez inspektora nadzoru, znajomości przez niego firmy powoda, wiedzy inwestora o wykonywaniu przez powoda prac żelbetowych. Dokładnie z tymi okolicznościami powód wiązał solidarną odpowiedzialność pozwanej za wynagrodzenie należne mu jako podwykonawcy. Do jego obowiązków dowodowych od samego początku procesu należało wykazanie, że pozwana o prowadzeniu prac przez powoda wiedziała, że stan taki akceptowała, czy to poprzez wyrażenie zgody w sposób milczący, czy też w sposób czynny poprzez wyrażenie wprost ustnie lub pisemnie takiej zgody lub też w sposób dorozumiany. Do tego sprowadzała się istota niniejszego postępowania. Tym samym powód powinien nowe wnioski dowodowe złożyć już przed Sądem I instancji. Potrzeby powołania nowych dowodów nie można przy tym utożsamiać, co podkreśla się w orzecznictwie, z treścią zapadłego w sprawie orzeczenia, czy też z motywami, którymi kierował się Sąd wydając wyrok. O zakresie dowodzenia decyduje bowiem nie uzasadnienie, jakie w sprawie zostanie sporządzone, a normy prawa materialnego, które stanowią podstawę żądania i które w danej sprawie znajdują zastosowanie. Prawa do nowości nie można też usprawiedliwiać, jak czyni to powód, powzięciem wiedzy o treści złożonych przez świadków zeznań. Oczywiście z daty protokołów wynika, że zeznania te złożone zostały już po wydaniu wyroku, jednakże nie ta data jest rozstrzygająca. Sam powód w toku postępowania pierwszoinstancyjnego wielokrotnie wskazywał, że prace żelbetowe były wykonywane przez innych podwykonawców. Co więcej określał ich w sposób precyzyjny. Miał więc pełną wiedzę co do tego, że powołani świadkowie w ogóle pracowali na budowie, co do tego, jakie konkretnie prace i w jakim okresie wykonywali. Powód zresztą odwoływał się do ich akceptowania przez inwestora, do nierównego traktowania poszczególnych podwykonawców, do odformalizowanego sposobu wyrażania zgody na ich zatrudnienie itd. To więc nie treść konkretnych zeznań stanowiła potrzebę przedstawienia tych dowodów, a wiedza, jaką świadkowie posiadali lub mogli posiadać z uwagi na udział w procesie inwestycyjnym, z uwagi na rolę jaką pełnili, z uwagi na rodzaj wykonywanych prac, czy wreszcie możliwość zaobserwowania określonych zdarzeń. Te wszystkie okoliczności były powodowi znane. Pomimo tego, na okoliczności istotne dla rozpoznania sprawy świadkowie nie zostali zawnioskowani. Należy też zaznaczyć, że same protokoły nie mogą, wobec obowiązującej w procedurze cywilnej zasady bezpośredniości, stanowić dowodu zastępującego te zeznania. Zupełnie nieprzydatne dla rozpoznania sprawy okazało się natomiast przedłożone przez powoda zdjęcie. Na jego podstawie nie jest w ogóle możliwe przypisanie fotografii do tej akurat budowy. Zupełnie nieweryfikowalne jest twierdzenie, że dotyczy to wmurowania kamienia węgielnego na budowie (...). Faktycznie obrazować mogłoby każdą inną. Ponadto z widocznej na niej osoby noszącej

kamizelkę z napisem (...) nie sposób wywodzić skutku w postaci wykonywania prac w charakterze podwykonawcy tej akurat firmy. Sama obecność, nawet gdyby dotyczyła tej budowy o tym nie przesądzała. Co równie istotne, powód nawet nie próbował twierdzić, nie mówiąc już o wykazaniu, że wcześniejsze przedstawienie tego zdjęcia nie było możliwe, że istniały w tym względzie jakiegokolwiek przeszkody uzasadniające przedstawienie tego dowodu dopiero na etapie postępowania apelacyjnego.

Podobnie ocenić należało wnioski dowodowe złożone przez stronę pozwaną w piśmie procesowym z dnia 27 października 2015 r. (karty 1632 – 1645 akt). Dotyczyły one zdjęć z uroczystości aktu wmurowania kamienia węgielnego oraz protokołów pobierania próbek betonu. Przede wszystkim wnioski te złożone zostały, co akcentowała sama pozwana, tylko w związku z nowymi dowodami przedstawionymi przez powoda i w celu wykazania okoliczności przeciwnych. Wobec więc oddalenia wniosków dowodowych powoda także przeprowadzenie tych dowodów uznać należało za zbędne. Niezależnie jednak od tego, z tożsamyh przyczyn, co w przypadku powoda złożenie tych dowodów w ramach postępowania odwoławczego uznać należało za spóźnione. Nie ma więc potrzeby przedstawiania dokładnie takiej samej argumentacji.

Za niezasadne uznać należało zawarte w apelacji powoda zarzuty dotyczące naruszenia art. 233 § 2 k.p.c. w związku z art. 248 k.p.c. poprzez brak wyciągnięcia wniosków z braku przedstawienia przez stronę pozwaną pełnej dokumentacji dotyczącej wyrażania zgody na prace podwykonawców. Zgodnie z treścią art. 248 § 1 k.p.c., każdy obowiązany jest przedstawić na zarządzenie sądu w oznaczonym terminie i miejscu dokument znajdujący się w jego posiadaniu i stanowiący dowód faktu istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy, chyba że dokument zawiera informacje niejawne. Zgodnie natomiast z § 2. tego artykułu, od powyższego obowiązku może uchylić się ten, kto co do okoliczności objętych treścią dokumentu mógłby jako świadek odmówić zeznania albo kto posiada dokument w imieniu osoby trzeciej, która mogłaby z takich samych przyczyn sprzeciwić się przedstawieniu dokumentu. Jednakże i wówczas nie można odmówić przedstawienia dokumentu, gdy jego posiadacz lub osoba trzecia obowiązani są do tego względem chociażby jednej ze stron albo gdy dokument wystawiony jest w interesie strony, która żąda przeprowadzenia dowodu. Strona nie może ponadto odmówić przedstawienia dokumentu, jeżeli szkoda, na którą byłaby przez to narażona, polega na przegraniu procesu. Oczywiście, jak stanowi art. 233 § 2 k.p.c., sąd oceni na tej samej podstawie, jakie znaczenie nadać odmowie przedstawienia przez stronę dowodu lub przeszkodom stawianym przez nią w jego przeprowadzeniu wbrew postanowieniu sądu. W okolicznościach niniejszej sprawy z nieprzedstawienia pełnej dokumentacji nie sposób wyciągać skutków postulowanych przez skarżącego, a wynikających z powyższej regulacji. Przede wszystkim bowiem wskazać należy, że dowody muszą odnosić się do okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, co wynika wprost z art. 227 k.p.c. Ustalenie więc określonej procedury wyrażania zgody na wykonywanie prac przez podwykonawców, respektowanie w tym względzie bądź nie, postanowień umowy łączącej inwestora z wykonawcą w żadnym przypadku nie może stanowić podstawy do przesądzenia, że taka zgoda została wyrażona w stosunku do powoda. Nawet bowiem, jeżeli pozwana w sposób dorozumiany akceptowała określonych podwykonawców bez ich formalnego zgłoszenia przez Konsorcjum, nie oznacza, że czyniła to również w stosunku do powoda. Różne bowiem mogły być przesłanki takiego postępowania (np. znajomość określonych firm, wiedza o warunkach umów itd. ). Należy przy tym zaznaczyć, że jak wynika z zeznań świadków, na budowie pracowało około dziesięciu podwykonawców. Ich natomiast lista została przez pozwaną przedłożona. Sąd nie dostrzega w związku z tym powodów, dla których dokumentacja dotycząca wyrażenia co do nich zgody na podwykonawstwo miałyby wpłynąć na ocenę istnienia takiej zgody w stosunku do powoda. Skoro nastąpiło ich zgłoszenie i wdrożenie procedury objętej umową, to ich konsekwencją było podjęcie stosownej decyzji przez inwestora, którą odzwierciedlała stosowana dokumentacja. Jeżeli natomiast prace wykonywali także podwykonawcy nie zgłoszeni formalnie i nie objęci powyższym zestawieniem, to siłą rzeczy nie istnieje dokumentacja dotycząca wyrażenia takiej zgody. Odróżnienia przy tym wymaga sytuacja, w której pozwana wie o wykonywaniu określonych prac przez podwykonawców i tym samym wzywa do formalnego, zgodnego z umową ich zgłoszenia, od sytuacji, w której takiej wiedzy nie posiada, a tym samym nie podejmuje żadnych działań. Nawet niezastosowanie do nich wymaganej procedury nie jest więc argumentem za koniecznością takiego samego traktowania powoda. Nawet nieformalne zatwierdzanie podwykonawców nie jest tożsame z takim samym zatwierdzeniem powoda. Tylko bowiem w przypadku wykazania wiedzy pozwanej o wykonywaniu akurat przez powoda części prac jako podwykonawcy, możnaby ewentualnie czynić ustalenia co do celowego działania pozwanej nakierowanego na nierówne traktowanie

poszczególnych podwykonawców i w konsekwencji na próbę wyłączenia odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia dla podwykonawcy. Stąd też w okolicznościach niniejszej sprawy, z braku przedstawienia przez pozwaną pełnej dokumentacji zgodnie z zobowiązaniem wydanym na rozprawie w dniu 15 września 2014 r. nie można wyciągać skutków określonych w art. 233 § 2 k.p.c.

Nie zasługiwały na uwzględnienie także zarzuty powoda dotyczące wadliwej oceny zgromadzonych w sprawie dowodów (art. 233 § 1 k.p.c. i w konsekwencji wadliwych ustaleń faktycznych), który musi być wiązany z wadliwym zastosowaniem przepisów prawa materialnego tj. art. 60 k.c. i art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c.

Wstępnie zaznaczenia wymaga, wobec podniesienia tego rodzaju argumentacji przez pozwaną, że okoliczność związana z zawarciem umowy w trybie zamówień publicznych nie ma jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a przede wszystkim stosowania art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. Przywoływane przez pozwaną regulacje art. 143a – 143d ustawy Prawo zamówień publicznych w żadnym razie nie naruszają praw i obowiązków zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy i dalszego podwykonawcy wynikających z przepisów art. 647<sup>1</sup>k.c. Przepis art. 143c wyznacza zasadniczy instrument ochrony podwykonawców, a mianowicie uprawnienie do dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (art. 143c ust. 1) wraz z prawem zamawiającego do potrącenia równowartości kwot wypłaconych podwykonawcom w wynagrodzenia należnego wykonawcy (art. 143c ust. 6). Ponadto przepis art. 143c ust. 7 przewiduje uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku wystąpienia konieczności wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, o których mowa w ust. 1, lub konieczność dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak z powyższego wynika, zamawiający obowiązany jest do dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcom oraz dalszym podwykonawcom, którzy zawarli z wykonawcą zaakceptowane przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, oraz podwykonawcom, którzy zawarli z wykonawcą przedłożone zamawiającemu umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi. Przepis ten jednak nie rozstrzyga, czy podmiotom tym służy do zamawiającego roszczenie o zapłatę swoich należności. Nie może jednak ulegać wątpliwości, że umowa o podwykonawstwo to stosunek dwustronny, prawnie skuteczny tylko inter partes. Uczynienie jakiegokolwiek osoby trzeciej (w tym przypadku zamawiającego) zobowiązanym w związku ze stosunkiem prawnym, w którym nie uczestniczy, wymagałoby jednoznacznej decyzji ustawodawcy albo dokonania przez tę osobę trzecią czynności prawnej czyniącej ją odpowiedzialną za dług cudzy (np. udzielenia poręczenia za dłużnika albo przystąpienia do długu). Takiego skutku omawiane przepisy nie określają. Nie kreują jakiegokolwiek rodzaju odpowiedzialności zamawiającego za nieuiszczone należności podwykonawców (dalszych podwykonawców). Artykuł 143c ust. 1 ustawy wyraża wyłącznie normę prawną przyznającą zamawiającemu uprawnienie do dokonania bezpośredniej zapłaty wraz z obowiązkiem skorzystania z tej kompetencji, ale nie jako statuujący normę prawną kreującą roszczenie podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) o zapłatę w stosunku do zamawiającego. W przypadku umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, podstawę takiego roszczenia stanowi art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. Przywołana podstawa prawna jest jednakże całkowicie niezależna od przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych. W tym kontekście podkreśla się, że przepis art. 143c ust. 8 ustawy wyraża normę kolizyjną w stosunku do art. 647<sup>1</sup> i n. k.c. Zgodnie z nim przepisy art. 143a-143d nie naruszają praw i obowiązków zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy i dalszego podwykonawcy wynikających z przepisów art. 647<sup>1</sup> k.c. Z przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych dotyczących podwykonawstwa wynika, iż w ogóle nie odnoszą się one do tych skutków prawnych, które przepisy kodeksu cywilnego łączą z wyrażeniem zgody przez inwestora, czyli do powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy (art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.). Oznacza to, że wyrażenie przez zamawiającego zgody na projekt umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, oraz niezgłoszenie pisemnego sprzeciwu wobec przedłożonej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane (art. 143b ust. 6 i 7), powoduje powstanie odmiennych, dodatkowych skutków prawnych wprost w przepisach wysłowionych.

Jak więc z powyższego wynika, oceny, czy pozwana ponosi solidarną odpowiedzialność z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy określoną w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. rozstrzygające są przesłanki określone w § 2. tego przepisu.

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. tego przepisu 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 dotyczącej 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, ale wiąże tę odpowiedzialność z faktem wykonania robót budowlanych przez podwykonawcę. Inwestor może uzyskać wiedzę o umowie pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą z dowolnego źródła, a więc od wykonawcy, do podwykonawcy, czy



nawet podmiotu trzeciego. Istotna jest bowiem wiedza, a nie sposób jej pozyskania. Przy czynnej zgodzie brak jest podstaw do uznania, że musi być wyrażona uprzednio, tj. przed wykonaniem tej umowy przez podwykonawcę. Może być więc ona udzielona zarówno przed jej zawarciem, jak i później, nawet po wykonaniu prac. Za dopuszczalnością wyrażenia zgody post factum, w tym także po wykonaniu umowy w całości, opowiedział się Sąd Najwyższy, m.in. w wyrokach z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt V CSK 492/07, z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt V CSK 24/09, z dnia 4 lutego 2011 r., sygn. akt III CSK 152/10, z dnia 27 czerwca 2013 r., sygn. akt III CSK 298/12. Podkreśla się, że jeżeli inwestor zgodę w sposób czynny wyraża, to wie co robi i nie jest już potrzebny żaden mechanizm obronny (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 2015 r., sygn. akt III CSK 370/14, LEX nr 1745820, 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, albowiem forma pisemna pod rygorem nieważności zastrzeżona jest tylko dla umowy zawieranej przez wykonawcę z podwykonawcą. Tym samym 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, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2015 r., sygn. akt V ACa 51/15, LEX nr 1770996). 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).

Rozbieżności w orzecznictwie dotyczyły tego, czy przy zgodzie czynnej wykonawca powinien przedstawić umowę łączącą go z podwykonawcą celem uzyskania przez inwestora (wykonawcę) szczegółowej wiedzy o jej postanowieniach, czy wystarczy jedynie pozyskanie przez niego wiadomości ogólnych obejmujących osobę i zakres powierzonych robót. Jak wskazano wyżej, Sąd Najwyższy opowiedział się za obowiązkiem dostarczenia umowy przy zgodzie biernej (milczącej), a w zasadzie przeciw niemu przy zgodzie czynnej, ze wskazaniem, że wiedza inwestora o dalszej umowie powinna obejmować podstawowe kwestie podmiotowe i przedmiotowe (tak w uchwale z dnia 29 kwietnia 2008 r., sygn. akt III CZP 6/08, wyroku z dnia 11 grudnia 2008 r., sygn. akt IV CSK 323/08, nie publ., wyroku z dnia 3 października 2008 r., sygn. akt I CSK 123/08, nie publ., wyroku z dnia 6 października 2010 r., sygn. akt II CSK 210/10, OSNC 2011 r., nr 5, poz. 59, wyroku z dnia 4 lutego 2011 r., sygn. akt III CSK 152/10, nie publ., czy w wyroku z dnia 27 maja 2015 r., sygn. akt II CSK 483/14, G.Prawna 2015/108/6). Przyjmuje się zatem, 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 zakresie prac powierzonych zindywidualizowanemu podmiotowo podwykonawcy oraz jego wynagrodzeniu, w szczególności sposobie jego ustalenia, czy też jego dochodzenia, bowiem te elementy kreują zakres jego odpowiedzialności (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2008 r., sygn. akt I CSK 123/08, LEX nr 491463; z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt V CSK 24/09, LEX nr 527185; z dnia 6 października 2010 r., sygn. akt II CSK 210/10, OSNC 2011/5/59; z dnia 4 lutego 2011 r., sygn. akt III CSK 152/10, LEX nr 1102865, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 8 maja 2015 r., sygn. akt I ACa 42/15, LEX nr 1733656).

W niniejszej sprawie zgromadzone dowody nie pozostawiają wątpliwości, że powód jako podwykonawca prace na budowie wykonywał. Wynika to z samej umowy z dnia 14 kwietnia 2012 r. wraz z aneksami (karty 12 – 18 i 54 – 60 akt) zawartej przez powoda z wykonawcą (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w S., z faktur wystawionych przez powoda wraz z protokołami odbioru robót (karty 19 - 31 i 49 – 53 akt), z korespondencji prowadzonej pomiędzy tymi

podmiotami. Zresztą sam pozwany w odpowiedzi na pozew faktycznie okoliczność tą przyznał. Nie oznacza to jednak automatycznie, że po pierwsze inwestor o tym wiedział, po drugie, że wyraził zgodę na wykonywanie powyższych prac, a po trzecie, że znał przynajmniej podstawowe warunki powyższej umowy.

Odnosząc się do wyrażenia zgody przez inwestora, poza sporem pozostaje okoliczność, że nie została mu przedstawiona czy to poprzez wykonawcę, czy też przez podwykonawcę zarówno sama umowa lub jej projekt, jak i dokumentacja odnosząca się do prac taką umową lub projektem objętych. Tym samym nie sposób dokonywać jakichkolwiek ocen pod kątem wyrażenia zgody biernej. Taka nie mogła zostać w ogóle wyrażona. Zresztą powód tego rodzaju twierdzeń nawet nie formułował. Rozważenia natomiast wymaga, czy inwestor zgodę wyraził w sposób czynny. W tym względzie prawidłowo ustalił Sąd I instancji, że okoliczności powyższej powód nie wykazał. Przede wszystkim nie zostały przedstawione dowody, z których wynikałoby, że pomimo braku przedstawienia inwestorowi umowy lub jej projektu oraz dokumentacji, inwestor jej udzielił w sposób wyraźny, niezależnie od tego, czy nastąpiło to w sposób ustny, czy pisemny. Poza sporem pozostała również okoliczność, że sam wykonawca (konsorcjum, czy spółka (...)) w żaden sposób nie zgłosił podwykonawcy inwestorowi, pomimo istnienia takiego obowiązku i określenia ścisłej procedury zgłaszania podwykonawcy w umowie z dnia 3 czerwca 2011 r.

Wbrew stanowisku skarżącego, nie jest uzasadnione wyprowadzanie wniosku przeciwnego z treści oferty z dnia 17 marca 2011 r. stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ. W jej pkt. 11 rzeczywiście znalazł się zapis, zgodnie z którym wykonawca część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom. Jednocześnie wskazano, że dotyczy to robót elektrycznych, robót instalacji sanitarnych oraz robót żelbetowych. Taki zapis, co wprost wynika z jego treści, wskazuje jedynie na ewentualny zamiar zlecenia prac w tych branżach podwykonawcom. Nie oznacza on jednak w żadnym przypadku, że do takiego podzlecenia musiało dojść. Jest to tym istotniejsze, gdy się zważy, że zapis zawarty został w ofercie, a tym samym zawarcie samej umowy z oferentem na tym etapie nie miało jeszcze miejsca. Z oferty można więc odczytać wyłącznie, że strony taką możliwość dopuszczały. Jak słusznie zauważył Sąd I instancji, jej zapis ma charakter ogólny, a przede wszystkim blankietowy. Nie może być tym samym utożsamiany z wyrażeniem konkretnej, zindywidualizowanej zgody, a tylko taka mogła prowadzić w świetle regulacji art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. do ewentualnej solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia względem podwykonawcy. Co więcej zgoda taka musiała dotyczyć umowy podmiotowo i przedmiotowo określonej. Z zapisu natomiast oferty nie wynika, wobec kogo ewentualnie zgoda była wyrażana, jakiego konkretnie zakresu prac dotyczyła (czy wszystkich prac żelbetowych, czy określonego ich zakresu), na jakie warunki inwestor się godził. Tylko natomiast z tak rozumianą świadomością inwestora wiązać można jego czynną zgodę. Okoliczności te, co oczywiste, nie mogły być znane czy to w dacie składania oferty, czy też w dacie zawierania umowy, a przynajmniej nie zostały przedstawione dowody, z których wynikałoby, że pozwana знаła w tym momencie tak osobę podwykonawcy, jak i warunki przyszłej umowy. Tym samym nie sposób uznać, że zapis oferty wyłączał obowiązek uzyskania zgody i to na konkretnego podwykonawcę. Należy mieć na względzie, że instytucja zgody rodząca odpowiedzialność inwestora ma na celu umożliwienie mu dokonania oceny zarówno samego podwykonawcy między innymi pod kątem fachowości, doświadczenia, zdolności technicznych, możliwości realizacji przedmiotu umowy, jak i warunków finansowych umowy o podwykonawstwo, co wprost przekładało się przecież na zakres odpowiedzialności inwestora. W tym kontekście akcentowane w apelacji przewidywanie wykonania określonych prac przez podwykonawców nie jest wystarczające dla uznania istnienia konkretnej zgody. Zachodzi zresztą w tym zakresie sprzeczność w stanowisku powoda, który z jednej strony wskazywał, że wobec zapisu FIDIC uzyskanie zgody na podwykonawców w ogóle nie było wymagane, a z drugiej strony wskazuje, że zapis oferty dotyczący możliwości wykonywania prac przez podwykonawców stanowi taką zgodę. Przeczą temu zresztą zarówno zapisy umowy przewidujące ścisłą procedurę zgłaszania podwykonawców, jak i praktyka na budowie, z której wynika, że wobec podwykonawców taka zgoda była wyrażana, w tym w branży objętej omawianym zapisem.

Podzielić również należało dokonaną przez Sąd I instancji interpretację zapisów subklauzuli 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu. Nie można ich odczytywać w ten sposób, że zgoda na wykonywanie prac przez podwykonawców nie musiała być w ogóle wyrażana. Po pierwsze wniosku takiego nie można wyprowadzić już z samej jej treści. W podpunkcie „a” wskazano, że nie będzie się wymagało, aby wykonawca uzyskiwał zgodę na

powierzenie wykonania podwykonawcom części zamówienia wskazanej w ofercie. Z kolei podpunkt „b” zawiera zapis, że powierzenie jakiegokolwiek zakresu prac podwykonawcy w zakresie innym, niż wskazany w ofercie musi być uzasadniony na piśmie i zatwierdzony przez zamawiającego. Już tylko zestawienie tych postanowień wskazuje jednoznacznie, że musi odnosić się do sytuacji, w której w samej ofercie określony zakres prac przekazywany będzie podwykonawcom i to konkretnie określonym z przedstawieniem dokładnego zakresu prac oraz warunków umowy. Rozumienie tych postanowień w sposób przedstawiany przez powoda musiałby prowadzić bowiem do wniosku, że przedmiotem prac podwykonawców będą elementy w ogóle nie objęte ani zamówieniem, ani ofertą. Podzlecenie prac samo w sobie oznacza natomiast, że musi dotyczyć tych prac, do wykonania których zobowiązany był sam wykonawca. Takiemu rozumieniu postanowień umowy przeczy też podpunkt „d” omawianej subklauzuli, na podstawie którego nałożono na wykonawcę obowiązek przedłożenia nie tylko umowy z podwykonawcą, ale także części dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Z tego zapisu wyprowadzić należy jednoznaczny wniosek, że strony jednak uzyskanie zgody na podwykonawcę przewidziały i to, co oczywiste, odnośnie takiego zakresu prac, jaki wynikał z umowy stron. W przeciwnym wypadku zapis ten byłby w ogóle zbędny. Rozstrzygający w tym zakresie jest jednak dodatkowy zapis zawarty w podpunkcie „b” subklauzuli. Zgodnie z nim wykonawca nie ma prawa podzlecić jakiegokolwiek części robót bez uzyskania od zamawiającego uprzedniej zgody na piśmie. Należy przy tym wskazać, że kolejne postanowienia subklauzuli określają dalsze, konkretne warunki, którym winno odpowiadać zgłoszenie podwykonawcy, wyrażenie zgody oraz skutki niedochowania procedury. Taką też procedurę stosowały strony w trakcie wykonywania prac, o czym świadczą przedstawione w toku postępowania dowody w postaci zeznań świadków, protokołów z porad, czy zestawienia podwykonawców, co do których zgoda na wykonywanie prac została przez inwestora wyrażona. Zestawienie wszystkich powyższych postanowień nie pozostawia więc wątpliwości, co do uzgodnienia pomiędzy stronami umowy obowiązku zgłaszania podwykonawców. W tym kontekście nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, że interpretacji umowy korzystnej dla powoda dokonuje podmiot nie będący jej stroną, a to właśnie wola stron węzła obligacyjnego jest w tym względzie rozstrzygająca.

Reasumując stwierdzić należy, że ani z treścią oferty, ani z treścią subklauzuli 4.4 Szczegółowych Warunków Kontraktu nie sposób wywieść, że albo zgoda w ogóle nie była wymagana, albo, że została już uprzednio, a więc na etapie składania oferty, czy też zawierania umowy wyrażona.

Prawidłowo też ustalił Sąd I instancji, że zgromadzony materiał dowodowy nie dawał podstaw do ustalenia, że pozwana wyraziła taką zgodę w sposób czynny, dorozumiany. W tym kontekście za nieuzasadniony uznać należało zawarty w apelacji zarzut naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c., co w konsekwencji prowadziło do wniosku, że po pierwsze niewadliwie ustalony został stan faktyczny stanowiący podstawę rozstrzygnięcia, a po drugie Sąd w sposób właściwy zastosował normę 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 skarżący z jednej strony zarzucił Sądowi wadliwość, 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. Zaznaczenia wymaga, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalony jest pogląd, zgodnie z którym zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. może być uznany za zasadny jedynie w wypadku wykazania, że ocena materiału dowodowego jest rażąco wadliwa czy w sposób oczywisty błędna, dokonana z przekroczeniem granic swobodnego przekonania sędziowskiego, wyznaczonych w tym przepisie. Sąd drugiej instancji ocenia bowiem legalność oceny dokonanej przez Sąd Okręgowy, czyli bada czy zostały zachowane kryteria określone w art. 233 § 1 k.p.c. Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, dokonując wyboru określonych środków dowodowych. Jeżeli z danego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena Sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona tylko wtedy gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub, gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo – skutkowych (por. przykładowo postanowienie z dnia 11 stycznia 2001 r., I CKN 1072/99, Prok. i Pr. 2001 r., nr 5, poz. 33, postanowienie z dnia 17 maja 2000 r., I CKN

1114/99, nie publ., wyrok z dnia 14 stycznia 2000 r., I CKN 1169/99, OSNC 2000 r., nr 7-8, poz. 139). Ponadto podkreślić należy, co z punktu widzenia rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest szczególnie istotne, że w ramach swobody oceny dowodów, mieści się wybór określonych dowodów spośród dowodów zgromadzonych, pozwalających na rekonstrukcję istotnych w sprawie faktów. Sytuacja, w której w sprawie pozostają zgromadzone dowody mogące prowadzić do wzajemnie wykluczających się wniosków, jest sytuacją immanentnie związaną z kontradiktoryjnym procesem sądowym. Weryfikacja zatem dowodów i wybór przez Sąd orzekający w pierwszej instancji określonej grupy dowodów, na podstawie których Sąd odtwarza okoliczności, które w świetle przepisów prawa materialnego stanowią o istotnych w sprawie faktach stanowi realizację jednej z płaszczyzn swobodnej oceny dowodów. Powiązanie przy tym wynikających z dowodów tych wniosków w zgodzie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego wyklucza możliwość skutecznego zdyskwalifikowania dokonanej przez Sąd oceny, tylko z tej przyczyny, że w procesie zgromadzono też dowody, prowadzące do innych, niż wyprowadzone przez Sąd pierwszej instancji, wniosków.

Taka natomiast sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie. Niewątpliwie bowiem osobowe źródła dowodowe można podzielić na dwie grupy. Świadkowie strony pozwanej, w szczególności inspektor nadzoru oraz inżynier kontraktu wskazywali na brak wyrażenia zgody przez inwestora na wykonywanie prac przez powoda, na brak wiedzy co do wykonywania przez niego prac, na brak znajomości warunków umowy łączącej wykonawcę z podwykonawcą. Z drugiej strony świadkowie zgłoszeni przez powoda wskazywali na wykonywanie prac przez powoda, na wiedzę inspektora nadzoru w tym zakresie, na dokonywanie przez niego odbioru prac, na osobistą znajomość powoda, czy jego pracownika przez inspektora nadzoru. W takiej więc sytuacji Sąd musiał dokonać wyboru i poczynić ustalenia będące konsekwencją tego wyboru. Jeżeli nastąpi to z poszanowaniem reguł czy to logicznego rozumowania, czy też zasad doświadczenia życiowego, w żadnym przypadku dokonany wybór nie może zostać uznany za dowolny. Analiza zgromadzonych w sprawie dowodów prowadzi do wniosku, że powyższe reguły nie zostały przez Sąd Okręgowy naruszone. Zasadnie dał on wiarę zeznaniom świadka będącego inspektorem nadzoru J. J. (1) (karty 1241 – 1244 akt), zeznaniom kierownika zespołu inżyniera kontraktu A. K. (karty 1250 – 1253 akt), zeznaniom świadka L. B. (karty 1255 – 1256 akt), pełniącego rolę kierownika projektu inwestycyjnego, zeznaniom świadka M. C. (karty 1300 – 1301 akt), czy wreszcie zeznaniom świadka G. F. (karty 1328 – 1329 akt). Wszyscy oni w sposób zgodny stwierdzili, że inwestor nie miał wiedzy o wykonywaniu prac przez powoda w charakterze podwykonawcy, że nie został on przez wykonawcę, czy kogokolwiek innego zgłoszony w takim charakterze, że inwestor nie wyrażał w jakiegokolwiek formie zgody na wykonywanie prac przez powoda, że inwestor nie znał postanowień umowy łączącej wykonawcę z podwykonawcą. Należy przy tym wskazać, co zresztą akcentował sam skarżący, że wspomniane osoby pełniły najistotniejsze z punktu widzenia omawianej kwestii funkcje na budowie, z tego względu miały możliwość poczynienia bezpośrednich obserwacji, najlepiej znały okoliczności związane z funkcjonowaniem powoda na budowie, z relacjami pomiędzy podwykonawcami i wykonawcą a inwestorem. Świadek J. J. (1) wskazała, że prace żelbetowe spółka (...) wykonywała siłami własnymi, nie zgłaszała żadnego podwykonawcy przedstawiając przy tym całą wymaganą w tym zakresie procedurę. Przyznała wprawdzie, że kojarzy powoda, albowiem współpracowali na budowie filharmonii, ale nie jest jej wiadomo, aby powód wykonywał prace. Nie był on zgłoszony ani oficjalnie, ani nieoficjalnie. Dodała, że gdyby było podejrzenie wykonywania prac przez niezgłoszonego podwykonawcę, to pojawiłoby się żądanie albo jego wycofania, albo jego formalnego zgłoszenia. Świadek podniosła również, że wszyscy pracownicy na budowie nosili albo czyste (bez napisów, czy znaków) kamizelki, albo kamizelki spółki (...). Jednocześnie oświadczyła, że nie widziała kamizelek z logo firmy powoda. Świadek zeznała także, że raz w trakcie odbioru zbrojenia na stropie, spotkała jednego z pracowników, którego znała z prac przy filharmonii, a po pytaniu, co robi, odpowiedział on, że pracuje w (...). Wskazała, że nie wie, czy faktycznie powód wykonywał prace na tej inwestycji, że na budowie pracowało brało dużo pracowników (60 – 80 osób jednocześnie), że wykonywane były trzy obiekty. Wskazując na odbiory prac żelbetowych odbywające się nie częściej niż co 4 – 5 dni, oświadczyła, że dokonywali ich kierownicy budowy, że powód nie brał udziału w tych odbiorach, także faktycznie. Wreszcie zeznała, że odbiory, czy rozliczanie się pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami odbywało się poza inżynierem kontraktu i inspektorem nadzoru. Podkreśliła również, że co tydzień odbywały się narady, że na niektórych z nich padały sformułowania do spółki (...), że może zostać rozwiązana umowa, jak ujawni się podwykonawca niezgłoszony. Powód nigdy na żadnej z tych narad nie był obecny. Jednocześnie zeznała, że nie przypomina sobie, by ze spółką (...) była taka sytuacja, by ujawnił się podwykonawca. Dotyczyło to innych branży. Wskazała, że powód nie uczestniczył w poszczególnych odbiorach prac, że gdyby tak było, to wzbudziłoby to

jej podejrzenie. Dodała, że pytała później powoda, dlaczego się nie zgłosił, dlaczego nie spytał, czy jest zgłoszony, że mógł nawet nieformalnie spytać, czy go zgłoszili. Z kolei świadek A. K. zeznała, że brała udział w procedurze zgłaszania podwykonawców, że zostało zgłoszonych 10 podwykonawców, że były to zgłoszenia pisemne, zgodne z warunkami FIDIC i wszyscy zostali zatwierdzeni przez inwestora. Wskazała, że Konsorcjum nie zgłosiło powoda, a o pracach przez niego wykonywanych dowiedziała się dopiero ze sprawy sądowej. Okoliczność ta jest szczególnie istotna, jeśli się zważy, że jak wyżej wskazał świadek, to ona właśnie zajmowała się zgłaszaniem podwykonawców, to w jej zakresie obowiązków leżało nadzorowanie tej kwestii. Potwierdziła przy tym, że w naradach nie brał udziału powód. Zaznaczyła, że w ich trakcie przekazywane były informacje, którzy podwykonawcy zostali zgłoszeni i na jaki zakres robót, że były też informacje kierowane do wykonawcy odnośnie obowiązku zgłaszania podwykonawców. Stanowczo stwierdziła, że do niej nie dotarły jakiegokolwiek informacje, że pracują niezgłoszeni podwykonawcy, że miało to miejsce dopiero w styczniu 2013 r., a spotkania z nimi odbyły się na przełomie 2013 /2014. Także ona zeznała, że na budowie nie widziała kontenerów powoda, a była na budowie raz w tygodniu. Nie widziała też kamizelek z oznaczeniem firmy powoda. Podkreśliła, że wykonawca dopełnił obowiązki zgłoszenia odnośnie robót sanitarnych i elektrycznych dodając, że na naradach wzywała do zgłaszania podwykonawców, co wynikało z troski o realizację umowy, natomiast odwołanie się do subklauzuli 15.2 dotyczyło jednego z podwykonawców, który wykonywał roboty poza zakresem oficjalnie zatwierdzonych i zgłoszonych umów. Zeznania powyższych świadków znalazły potwierdzenie w zeznaniach świadka L. B. będącego kierownikiem projektu inwestycyjnego i osobą uczestniczącą w procedurze zgłaszania podwykonawców, o ile miała ona miejsce. Wskazał, że było około 10 firm i nie zaistniała sytuacja braku ich zaakceptowania przez inwestora. Dodał, że na pewno nie dotyczyło to firmy powoda. Informacje odnoszące się do niej pojawiły się w związku ze zgłoszeniem przez powoda roszczeń w styczniu 2013 r. Świadek jednoznacznie stwierdził, że brak było podstaw do uznania, że powód jakiegokolwiek roboty budowlane wykonywał. Potwierdził, że powód nie uczestniczył w naradach. Świadek będąc na placu budowy codziennie nie widział powoda, nie widział jego kontenerów, nie widział pracowników noszących kamizelki oznaczone firmą powoda. Świadek M. C. zajmująca się w procesie inwestycyjnym kwestiami finansowymi potwierdziła, że zgłoszonych było 11 podwykonawców (po okazaniu listy - karta 1294 akt wskazała, że zawiera ich zestawienie). Wskazała, że wszelkie przelewy dokonywane były na rzecz wykonawcy. Na tę spółkę dokonane zostały wszystkie płatności za prace żelbetowe. Na podwykonawców dokonywane były dopiero po rozwiązaniu umowy z wykonawcą. Oświadczyła, że o firmie powoda nic nie wiedziała do momentu wystosowania przez niego wezwania do zapłaty z 12 grudnia 2012 r. Wreszcie świadek G. F. zeznał, że dzięki naradom koordynacyjnym mieli przegląd wiedzy kto uczestniczy w procesie inwestycyjnym. Do połowy grudnia brak było informacji o powodzie, nigdzie takie nazwisko nie padało i nikt powołujący się na powoda na naradach się nie pojawiał. Także on zeznał, że nie było znaków firmy powoda na kamizelkach pracowników, żadnych oznak, że powód był na budowie. Po zgłoszeniu roszczeń przez powoda pytał inżyniera kontraktu, czy taki podwykonawca występował i inżynier tego nie potwierdził, pytał też panią W. S. zajmującą się dokumentami finansowymi, też nie było śladu obecności powoda na budowie. To uzmysłowiło mu, że mogą być niezgłoszeni podwykonawcy, że są rozbieżności między tym co znają a stanem faktycznym i w związku z tym zorganizowano kilka zebrań z podwykonawcami. Świadek podkreślił, że w zakresie prac żelbetowych wykonawca nie zgłosił podwykonawców. Nie przypominał sobie informacji od inżyniera ani ustnych, ani w dokumentach, że są niezgłoszeni podwykonawcy, a jak zeznał, inżynier był niezwykle skrupulatny i musiałby to wskazać.

Jak wyżej podkreślono, taka treść powyższych zeznań nie pozostawia jakichkolwiek wątpliwości, że inwestor nie posiadał wiedzy o obecności powoda na budowie, o zakresie wykonywanych przez niego prac o warunkach umowy wiążącej go z wykonawcą.

Wbrew stanowisku skarżącego wniosków przeciwnych nie sposób wyciągnąć z zeznań świadków zgłoszonych przez stronę powodową tj. Ł. F. (karty 1244 – 1245 akt), T. B. (karty 1245 – 1246 akt), S. O. (karty 1247 – 1248 akt), G. K. (1) (karty 1248 – 1250 akt), czy wreszcie R. K. (karty 1253 – 1254 akt). Dokonując oceny zeznań tej grupy świadków w pierwszej kolejności wskazać należy, że żaden z nich nie wskazał, że inwestor posiadał wiedzę odnośnie wykonywania prac przez powoda, odnośnie zakresu tych prac, czy też warunków umowy. Jak słusznie zauważył Sąd I instancji, w tym zakresie wygłaszali wyłącznie swoje przypuszczenia. Świadek Ł. F. zeznał, że nie wie, czy powód został zgłoszony jako podwykonawca. Co istotne wskazał, że był na budowie tylko miesiąc w kwietniu 2012 r. Podniósł, że „jego zdaniem

inspektor nadzoru miał wiedzę, że prace wykonuje powód, bo świadek znał go z innej budowy, nie przypomina sobie z nim rozmów, ale na pierwszym spotkaniu w jego odczuciu było miłe zaskoczenie, że spotykają się ponownie”. Co więcej dodał, że „raczej, że nie ja, a że nasza firma to będzie wykonywać”. Taka treść zeznań nie pozostawia wątpliwości, że świadek wyraża wyłącznie swoje oceny, że samodzielnie buduje określone domniemania nie mając jakiegokolwiek bezpośredniej wiedzy w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy. Podobnie świadek S. O. zeznał, że „myśli, że inspektor wiedziała, że jest on pracownikiem powoda, bo znali się z wcześniejszej budowy na filharmonii, a w trakcie odbioru, jak był powód, to przywitała się, mówiła dzień dobry panie D., co wskazuje, że się znali”. Świadek T. B. zeznał, że był na budowie 1,5 miesiąca. Nie miał natomiast w ogóle wiedzy na temat akceptacji podwykonawcy przez inwestora. Jak wskazał, „inwestor był poza jego zasięgiem”. Nawet w formie przypuszczenia wskazywał na dokonywanie odbiorów prac przez J. J. (1). Wprawdzie w dalszej części zeznał, że inspektor nadzoru raz czy dwa wskazywała na jakieś wady, ale jednocześnie podkreślił, że miesza mu się inwestycja będąca przedmiotem niniejszego procesu oraz inwestycja na filharmonii. Świadek G. K. (1) wskazał, że „inspektor nadzoru doskonale nas znała, gdyż wcześniej spotykaliśmy się dzień w dzień, nie pytała, czy powód jest podwykonawcą, tylko przy pierwszym kontakcie jakby się ucieszyła na tej budowie, bo dobrze jej się współpracowało z powodem, jakby była zadowolona, że w końcu normalna firma buduje”. Także te zeznania opierają się na przypuszczeniu, na założeniu, że skoro inspektor nadzoru znała powoda, to posiadała wiedzę, że występuje on w procesie inwestycyjnym w charakterze podwykonawcy, chociaż przecież zeznał, że inspektor nie pytała o rolę, jaką powód, czy jego pracownicy na budowie pełnili. Dokładnie takiej samej oceny dokonać należy odnośnie zeznań świadka R. K.. Wskazał wprost, że powód nie został zgłoszony inwestorowi. Oświadczył natomiast, że na budowie był ten sam nadzór inwestorski co na budowie filharmonii, że inspektor znała powoda i jego pracowników (np. brygadzystę), bo w tym czasie kończył roboty na filharmonii.

Jak wyżej wskazano, nie jest w żadnym przypadku na podstawie powyższych zeznań uprawnione budowanie domniemania faktycznego, a do tego najwyraźniej zmierzał skarżący w swojej apelacji, polegającego na tym, że skoro inspektor nadzoru czy to znała powoda, czy też jego pracownika i spotkała ich na budowie, to posiadała wiedzę, że powód jest podwykonawcą. Jest to stanowisko nieuprawnione. Obecność powoda na budowie nie musiała oznaczać występowania w takim charakterze. Równie dobrze mógł pełnić jakąkolwiek inną rolę, być pracownikiem wykonawcy, konsultować z wykonawcą określone kwestie, być dostawcą itd. Możliwe jest w tym zakresie konstruowanie wielu alternatywnych stanów faktycznych. Odwoływanie się przez powoda do warunków rynku budowlanego, do ogólnej świadomości jego uczestników co do charakteru firmy powoda, rodzaju prac jakimi się zajmował jest w tym zakresie niewystarczające.

Podobnie nie jest możliwe ustalenie, że pozwana wiedziała o wstępowaniu powoda jako podwykonawcy, że akceptowała taką jego rolę, że znała warunki umowy łączącej go z wykonawcą na podstawie tej części zeznań wskazanej wyżej grupy świadków, w której wskazywali oni na udział inspektora nadzoru w odbiorach prac zanikowych. Świadek Ł. F. zeznał, że J. J. (1) nadzorowała roboty żelbetowe. Dodał, że brał udział w odbiorach, ale dokumentów odbiorowych nie podpisywał, gdyż dzieje się to w biurze głównego wykonawcy – konsorcjum. Kontaktował się natomiast tylko z przedstawicielem spółki (...). Co istotne oświadczył, że nie pamięta, czy powód brał udział w odbiorach. T. B. wskazał z kolei, że chyba w odbiorach brała udział inspektor nadzoru. Zeznał, że on nie podpisywał protokołów odbioru, że w czynnościach z tym związanych brał udział w sposób nieformalny. Nie kontaktował się z przedstawicielami inwestora, nie brał udziału w naradach zwoływanych przez inżyniera kontraktu. Świadek S. O. podniósł, że miał kontakt z panią inspektor, przy czym ograniczał się on do odbiorów prac, inspektor nadzoru sprawdzała zgodność prac z projektem, gdy były uwagi, to były one uwzględniane, nie wie, kto podpisywał protokoły odbioru. Świadek G. K. (1) oświadczył, że brał udział w czynnościach odbiorowych, na które przyjeżdżała inspektor nadzoru. Sprawdzała ona wykonane prace, a gdy coś było nie tak kazała wykonywać poprawki. Wskazał, że nie podpisywał żadnych dokumentów. Wreszcie świadek R. K. podniósł, że pracownicy powoda brali udział w odbiorze prac przez inspektora nadzoru, że były sporządzane na koniec miesiąca, przy czym, co dla rozstrzygnięcia sprawy ma zasadnicze znaczenie, nie były one przedstawiane inwestorowi.

Nawet przyjęcie, że rzeczywiście w odbiorach dokonywanych przez inspektora nadzoru brał udział powód lub jego pracownicy nie może prowadzić do ustaleń w postulowanym przez skarżącego kierunku. Przede wszystkim

nie można utożsamiać wiedzy inspektora nadzoru z wiedzą samego inwestora. Wynika to już tylko z samej funkcji, jaką pełni on na budowie. Zgodnie z treścią art. 25 Prawa budowlanego, do podstawowych obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego należy reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem i lub pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej, sprawdzanie jakości wykonywanych robót i wbudowanych wyrobów budowlanych, a w szczególności zapobieganie zastosowaniu wyrobów budowlanych wadliwych i niedopuszczonych do stosowania w budownictwie, sprawdzanie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych oraz przygotowanie i udział w czynnościach odbioru gotowych obiektów budowlanych i przekazywanie ich do użytkowania, potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz usunięcia wad, a także, na żądanie inwestora, kontrolowanie rozliczeń budowy. W orzecznictwie natomiast powszechnie przyjmuje się, że wykonywanie nadzoru inwestorskiego stanowi samodzielną funkcję techniczną w budownictwie, a inspektora nadzoru należy traktować, w myśl przepisów kodeksu cywilnego, jako pomocnika zleceniodawcy (art. 474 k.c.), a nie zastępcę. Zatem do powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora będącego osobą prawną, konieczna jest bezpośrednia wiedza o okolicznościach uzasadniających taką odpowiedzialność osób wchodzących w skład organu zarządzającego osoby prawnej. Nie jest natomiast wystarczająca ew. wiedza przedstawicieli technicznych inwestora na budowie lub ewentualnie jego pracowników, w tym zajmujących się czynnościami związanymi z zapłatą faktur, z których nawet wynika informacja o udziale w realizacji budowy podwykonawcy niezgłoszonego inwestorowi (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r., sygn. III CSK 152/10, nie publ., wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 października 2003 r., sygn. III CK 57/02, wyrok Sąd Apelacyjny w Warszawie z dnia 10 października 2013 r., sygn. akt I ACa 151612, LEX nr 1392077). W toku postępowania nie zostały natomiast przedstawione dowody, z których wynikałoby, że wiedza inspektora nadzoru może być utożsamiana z wiedzą samego inwestora, czy też, że inspektor nadzoru posiadane w zakresie podwykonawców informacje przekazywał inwestorowi (oczywiście przy założeniu, że w ogóle miał w tym względzie jakąkolwiek świadomość).

Niezależnie jednak od powyższego, jak podniesiono na wstępie rozważań odnoszących się do zarzutu naruszenia przez Sąd I instancji przepisu art. 233 § 1 k.p.c., w okolicznościach niniejszej sprawy nie tylko z treści dowodów nie sposób wywieść, że inwestor miał wiedzę uzasadniającą jego solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy, ale zasadna była odmowa przyznania w ogóle wiarygodności zeznań całej grupie świadków zaoferowanych przez powoda.

Przede wszystkim zeznań tych nie sposób w jakikolwiek sposób zweryfikować w przeciwieństwie do zeznań świadków zgłoszonych przez stronę pozwaną. Brak wiedzy inwestora o wykonywaniu prac przez powoda, o ich zakresie, czy warunkach umowy, na co świadkowie pozwanej wskazywali wynika z treści sporządzanych w toku inwestycji protokołów z narad. Analiza ich treści wskazuje jednoznacznie, że powód w żadnej z nich nie uczestniczył. Brak w nich najmniejszego zapisu, który chociażby w sposób pośredni wskazywał na taką sytuację. Zapis dotyczący zarówno jego osoby, jak i ewentualnie któregośkolwiek z jego pracowników się nie pojawił. Jest to tym istotniejsze, gdy się zważy, że protokoły te sporządzane były w sposób niezwykle staranny, niezwykle szczegółowy i to także w zakresie osób, które w nich uczestniczą. Słusznie przy tym Sąd I instancji odwołał się do protokołu z narady z dnia 8 listopada 2012 r. Znajduje się w nim wprost oświadczenie konsorejantów, że na budowie nie pracują niezgłoszeni podwykonawcy. Oznacza to, że pozwana zadając w tym zakresie pytania nie miała wiedzy, że powód prace wykonywał, a tym samym nie mogła wcześniej w żadnej formie wyrazić stosowną zgodę. Nie bez znaczenia pozostaje przy tym okoliczność, że narada ta miała miejsce już po zakończeniu prac przez powoda. O braku wiedzy inwestora świadczy również treść protokołu z narady z dnia 13 grudnia 2012 r. Z jego zapisów jednoznacznie wynika, że dopiero z tą datą pozwana dowiedziała się o podwykonawcy. Z jednej więc strony wcześniej zgody wyrazić nie mogła, a z drugiej strony dalsze jej zachowanie wskazuje, że także post factum nie zgodziła się na uczestnictwo podwykonawcy w procesie inwestycyjnym. Ponadto z protokołów z narad wynika, że w przypadku powzięcia wiedzy o funkcjonowaniu na budowie niezgłoszonych podwykonawców (dotyczyło to branży sanitarnej) wzywała do wypełnienia formalności. Takich zapisów odnośnie powoda brak. Sam fakt przypominania wykonawcy o konieczności dokonania zgłoszeń zgodnie z postanowieniami umowy w żadnym przypadku nie świadczy, jak chce tego skarżący, że inwestor wiedział o wykonywaniu prac konkretnie przez powoda, że go akceptował. Przeciwnie, to właśnie wzywaniem wykonawcy do

zgłaszania wskazuje na brak pewności, a nawet wiedzy w tym zakresie. Ponadto dorozumiana zgoda oznaczałaby brak sprzeciwu, brak reakcji negatywnych, brak zobowiązań do wypełnienia obowiązków umownych, brak wskazywania na możliwość stosowania przewidzianych w umowie sankcji, a takie sytuacje miały miejsce. Tak więc treść protokołów z narad w części przypominającej wykonawcy o konieczności zgłaszania podwykonawców to przejaw nie aprobaty, a jednoznaczny wyraz braku zgody na ewentualne wykonywanie prac przez podmioty, o których funkcjonowaniu pozwana nie wiedziała. Jest oczywiste, także wobec zapisów umowy z wykonawcą, że pozwana chciała także znać zakres i przedmiot umowy, jej warunki przez podjęciem stosownej decyzji już po powzięciu wiedzy o podwykonawcy. Nawoływanie do zgłaszania wprost wskazuje, że nie akceptuje takiej sytuacji, że nie godzi się na jakiegokolwiek warunki umów, na jakiegokolwiek nieformalne właśnie wyrażanie zgody na podwykonawcę. W tym kontekście bez znaczenia pozostaje okoliczność, że mogła nawet przypuszczać, że część prac wykonuje kto inny. Trudno w tych czynnościach doszukać się milczącej akceptacji. Uwzględniając przy tym, że nawoływania dotyczyły innych branż, niewątpliwie takich podejrzeń, co do powoda nie było.

O niewiarygodnością zeznań omawianych świadków przesądza również brak jakichkolwiek wpisów odnośnie samego powoda w dzienniku budowy. Nie sposób uznać, że w sytuacji, w której inwestor, służby techniczne na budowie mają wiedzę, kto prace żelbetowe wykonuje i co więcej stan ten akceptuje nie dokonał jakiegokolwiek adnotacji o jego pracach. Wręcz nieprawdopodobne jest, by w takiej sytuacji nie znalazł się w nich chociaż jeden wpis świadczący o obecności powoda na budowie. Nie bez znaczenia pozostaje bardzo akcentowana przez powoda okoliczność związana z wartością, czy też zakresem prac i ich znaczeniem dla całej inwestycji. Powód wskazywał bowiem, że była to pierwsza i zasadnicza część prac, bez których, co oczywiste, jakiegokolwiek inne nie mogłyby być wykonywane. Prace dotyczyły trzech budynków, a przy ich wykonaniu zaangażowana była duża ilość pracowników. Świadkowie wskazywali na jednoczesną obecność nawet osiemdziesięciu pracowników. W takiej sytuacji musiałby istnieć ślad wykonania prac przez powoda, czy to w kontekście ich zakresu, czy jakości, czy postępu, terminowości itd. Podkreślenia wymaga, że w umowie z wykonawcą zawarty został wymóg dokonywania wpisów do dziennika budowy np. prac zanikających.

Poza sporem pozostawała również okoliczność, że ani sam wykonawca, ani powód nie podjęli jakichkolwiek czynności zmierzających do ujawnienia podwykonawcy względem inwestora, czy to poprzez zwykłe powiadomienie o tym fakcie i to niezależnie od formy, czy to poprzez przesłanie umowy, czy poprzez zaproszenie na narady, poprzez dokonanie wpisów w dokumentacji itd. Wbrew stanowisku skarżącego nie jest wcale nieprawdopodobne niezauważenie przez inspektora nadzoru (niezależnie od kwestii jego roli w procesie inwestycyjnym oraz faktycznego przekazania informacji) tak znacznego zakresu prac. Jak podkreślał to sam skarżący prace betoniarские na obiekcie rozpoczęły się w dniu 28 października 2011 r., natomiast umowa wykonawcy z powodem podpisana została w dniu 14 kwietnia 2012 r. Oznacza to, że powód pojawił się na budowie w dość zaawansowanym stanie (wszystkie prace trwały do 28 września 2012 r.), Co istotne prace żelbetowe wykonywane były przez aż czterech podwykonawców. W takiej sytuacji z jednostkowego spotkania powoda z inspektorem nadzoru nie można wnioskować o wiedzy i to inwestora w zakresie podwykonawstwa. Tym bardziej więc spotkanie na budowie pracownika powoda nie było w tym względzie rozstrzygające. Osoba taka mogła przejść do innej firmy, być pracownikiem innej ekipy. Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że umowa o podwykonawstwo nie była zawierana z konsorcjum, a tylko z jednym z jego członków i to nie liderem, który był do tego uprawniony. W jej zapisach nie znalazły się jakiegokolwiek oświadczenia w zakresie czy to wyrażenia zgody przez inwestora, czy też wystąpienia o taką zgodę nie mówiąc już o zobligowaniu którejkolwiek ze stron do tego rodzaju czynności. Podkreślić też należy, że z dowodów w postaci protokołów odbioru prac wykonanych przez powoda wynika, że odbywały się one wyłącznie pomiędzy powodem, a przedstawicielami spółki (...). Nie uczestniczył w nich jakikolwiek przedstawiciel inwestora. W tym kontekście na niewiarygodność zeznań grupy świadków powoda wskazuje okoliczność, że żaden z nich w protokołach odbioru prac i to z udziałem inspektora nadzoru nie został wymieniony. Żaden z nich nie składał na żadnym dokumencie swojego podpisu. Przeciwnie, wszyscy podkreślali swój tylko nieformalny udział w czynnościach odbiorowych. Po pierwsze więc budzi wątpliwości ich rzeczywiste uczestnictwo w tego rodzaju sformalizowanych działaniach, a po drugie ich stanowisko pozostaje całkowicie nieweryfikowalne. Trudno zresztą uznać, że ich udział i to w tak szerokim zakresie, jak to wskazują nie zostałyby odnotowane. Zeznania więc tych świadków uznać należy za sprzeczne z dowodami nie tylko z zeznań pozostałych świadków, ale także z dowodami z przedłożonych przez strony dokumentów.



Podzielić należy też argumentację Sądu I instancji odnoszącą się do braku przywoływania argumentacji co do wykonywania prac przez powoda na etapie wnoszenia pozwu przeciwko członkom konsorcjum (powód inwestora w ogóle nie pozywał) i w dalszym toku procesu. Rzeczywiście jakkolwiek argumentacja w tym zakresie się nie pojawiła, co byłoby oczywiste, szczególnie w świetle sytuacji finansowej zamawiających (konsorcjum), która była mu znana już przed procesem (powód w pozwie wskazywał na uzasadnianie konsorcjantów braku zapłaty wynagrodzenia brakiem środków finansowych). W pozwie nie pojawiły się również jakiegokolwiek twierdzenia odnośnie wyrażenia zgody przez inwestora, czy chociażby jego wiedzy o wykonywaniu prac przez podwykonawcę. Powód zaczął domagać się wynagrodzenia dopiero po nieudanych negocjacjach z konsorcjantami.

Wreszcie Sąd I instancji prawidłowo wskazał, na okoliczności związane z brakiem oznaczenia pracowników powoda na kamizelkach, czy też na kontenerach znajdujących się na placu budowy. Zresztą nawet zeznania świadków powoda są w tym zakresie sprzeczne, co stanowi kolejną podstawę uzasadniająca ich dyskwalifikację. Świadek Ł. F. wskazał, że w ogóle nie pamięta czy pracownicy pracowali w czystych kamizelkach, czy z logo firmy powoda. Świadek T. B. zeznał, że nie potrafi powiedzieć, czy pracownicy powoda mieli kamizelki z takim logo. Świadek S. O. wprost wskazał, że na kamizelkach pracowników powoda nie było emblematów. Dodał wprawdzie, że takie były jedynie na ich barakach, jednakże jak zasadnie wskazał Sąd Okręgowy, nie był w stanie ich określić. Tylko świadek G. K. (1) wskazał, że kamizelki miały logo powoda wskazując jednak jednocześnie, że nie pamięta, by takie oznaczenia posiadały kontenery powoda. Co istotne dodał, że nie wie, czy w tym okresie pracownicy powoda ich używali. Należy podkreślić, że niezależnie od dyskwalifikacji całej grupy świadków pozwanego, zeznania tego ostatniego świadka nie zasługują na uwzględnienie również z innych względów. Po pierwsze był on skazany na podstawie art. 238 k.k. za złożenie fałszywego zawiadomienia o popełnieniu w związku z budową przestępstwa, co same w sobie rodzi wątpliwości, czy i w tym przypadku przedstawia rzeczywisty stan rzeczy. Po drugie jego zeznania pozostają w części sprzeczne nawet z twierdzeniami samego powoda, czy też pozostałych jego świadków chociażby odnośnie uczestnictwa powoda w odbiorach prac, czy też udziału powoda w naradach mających miejsce w trakcie realizacji inwestycji, czemu zaprzeczyli wszyscy świadkowie i co nie wynika z żadnego dokumentu. Świadek R. K. zeznał natomiast, że pracownicy powoda wprawdzie mieli kamizelki, ale nie wie, czy spółki (...), czy swoje. Dodał jedynie, że noszenie kamizelek jest praktykowane. Świadek ten nie miał wiedzy odnośnie istnienia logo firmy powoda na kontenerach. Wreszcie sam powód zeznał, że takie kamizelki nie były przez pracowników noszone.

Brak wiedzy inwestora o wykonywaniu prac przez powoda i brak jego akceptacji jako podwykonawcy wynika również z pisma pozwanej z dnia 3 stycznia 2013 r. (karta 44 akt), które stanowiło odpowiedź na pisma powoda z 21 i 27 grudnia 2012 r. oraz 2 stycznia 2013 r. wzywające do dokonania płatności. Wskazała ona wprost na brak podstaw określonych w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. do wypłaty wynagrodzenia. Tutaj pozwana odwołała się do orzecznictwa, z którego wynika konieczność wiedzy inwestora co do przedmiotu prac, co do istotnych postanowień umowy o podwykonawstwo, o przysługującym mu wynagrodzeniu. Pozwana wskazywała również na brak dokonania zgłoszenia podwykonawcy przez konsorcjum. Z treścią tego pisma koresponduje pismo inżyniera kontraktu z dnia 16 stycznia 2014 r. (karta 1073 akt), w którym wskazywał na brak przedłożenia mu przez wykonawcę wniosku o zatwierdzenie powoda jako podwykonawcy. Takie też stanowisko zaprezentowała pozwana w piśmie z dnia 20 stycznia 2014 r. (karta 1074 akt). Tutaj ponownie odwołała się do braku spełnienia przesłanek jej odpowiedzialności, do braku dokonania zgłoszenia przez wykonawcę. We wcześniejszym piśmie pozwanej z dnia 14 stycznia 2013 r. (karty 1129 – 1130 akt) wskazano natomiast na gołosłowność zarzutów powoda, na nieprawdziwość jego twierdzeń co do wiedzy inspektora nadzoru i prezesa odnośnie faktu wykonywania prac przez powoda, na brak spełnienia przesłanek odpowiedzialności pozwanej. W świetle wszystkich powyższych argumentów za niezasadną uznać należało argumentację powoda co do nieprawdziwości oświadczenia inspektora nadzoru J. J. (1) z dnia 18 lutego 2014 r. (karta 1076 akt) odnośnie braku wykonywania prac i braku zgłoszenia powoda jako podwykonawcy.

Taka treść korespondencji nie pozwala w żadnym przypadku na uznanie, że pozwana o podwykonawcy wiedziała (co wywodzone jest z tych części wypowiedzi pozwanej, w którym wskazywała na brak spełnienia formalnych wymogów określonych w umowie pomiędzy inwestorem a wykonawcą), a już tym bardziej, że go akceptowała. Jak wyżej wskazano w każdym z pism podkreślała brak swojej odpowiedzialności, brak spełnienia jej ustawowych przesłanek,

a nadto na brak wiedzy o wykonaniu prac przez powoda. Wniosku takiego nie sposób wywieść również z treści odpowiedzi na pozew. Wprawdzie pozwana wskazała, że o podwykonawcy dowiedziała się dopiero po wykonaniu prac, jednakże nie jest to równoznaczne z wyrażeniem zgody. Mogła ona zostać przecież wyrażona dopiero po tym fakcie, natomiast zachowanie pozwanej, treść przytoczonych pism temu przeczy.

Reasumując więc stwierdzić należy, że Sąd I instancji w sposób prawidłowy ocenił przedłożone dowody, na ich podstawie dokonał prawidłowych ustaleń i w konsekwencji niewadliwie dokonał procesu subsumcji, który prowadził do uznania, że przesłanki odpowiedzialności pozwanej określone w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. nie zostały spełnione. Podkreślenia przy tym wymaga, że apelacja w zasadniczej części, choć wprost tego nie wskazano, nawiązuje do braku konstrukcji domniemań faktycznych, czy to odnośnie zasad panujących na każdej budowie, czy odnośnie znajomości poszczególnych firm przez uczestników procesu inwestycyjnego, czy odnośnie znajomości powoda przez inspektora nadzoru z innej budowy, czy wreszcie sposobu zatwierdzania innych podwykonawców. Jak wskazano wcześniej materiał dowodowy nie dawał podstaw do stosowania art. 231 k.p.c. Należy zaznaczyć, że stroną dla pozwanej było konsorcjum, to z nim dokonywała ona wszystkich czynności w ramach procesu inwestycyjnego. To natomiast, że powód pozostawał z członkami konsorcjum w ścisłym kontakcie nie przesądza o wiedzy inwestora o wykonywaniu przez niego prac.

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. Zgodnie z przywołanym już wcześniej orzecznictwem, warunkiem jej powstania jest znajomość tych elementów, które konkretyzują daną umowę. 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). 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 określenie "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 powód nie sprostął tak zakreślonym obowiązkom dowodowym. W aktach sprawy brak dowodów, z których wynikałoby, że pozwana nawet posiadając wiedzę o wykonywaniu prac przez podwykonawcę obejmowała swoją świadomością istotne elementy umowy łączącej powoda ze spółką (...). Jak już wskazano umowa taka nie została w ogóle pozwanej przedstawiona. Nie jest w tym zakresie wystarczające ogólne, czy przybliżone określenie prac, które wykona podwykonawca, ogólna tylko świadomość, że podwykonawca funkcjonuje na budowie. Konieczna jest w tym zakresie konkretna i precyzyjna wiedza inwestora. 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 określoną w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, apelację powoda 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. 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). Powód przegrał sprawę wywołaną swoją apelacją, stąd zobowiązany był zwrócić pozwanej poniesione przez nią koszty, na które składało się wyłącznie wynagrodzenie pełnomocnika 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).

SSA D. Rystał SSA T. Żelazowski SSA M Sawicka