

Sygn. akt V ACa 95/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 października 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Maryla Domel-Jasińska (spr.)
Sędziowie:	SA Andrzej Lewandowski SO del. Anna Daniszewska
Protokolant:	stażysta Barbara Tobiasz

po rozpoznaniu w dniu 26 października 2016 r. w Gdańsku na rozprawie

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

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w B.

(...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością spółce komandytowej w T.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w T.

z dnia 10 listopada 2015 r. sygn. akt VI GC 61/15

I. oddala apelację;

II. zasądza od powoda na rzecz pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B. kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego;

Na oryginale właściwe podpisy.

V ACa 95/16

## UZASADNIENIE

Powód – (...) spółka z o.o. w C. domagał się zasądzenia od solidarnie pozwanych: (...) spółki z o.o. w (...) spółki z o.o. spółki komandytowej w T. kwoty 358.652,01zł z ustawowymi odsetkami od dat wymagalności należności wymienionych w pozwie.

Z uzasadnienia pozwu wynikało, że pozwani zawarli w dniu 30 czerwca 2014r. umowę o wybudowanie pawilonu handlowo-usługowego wraz z infrastrukturą w K., na potrzeby marketu (...), przy czym (...) sp. z o.o. występowała jako inwestor, zaś (...) sp. z o.o. sp. komandytowa, jako generalny wykonawca. W dniu 22 lipca 2014r. generalny wykonawca zawarł z powodem, jako podwykonawcą, umowę nr (...) o korytowanie podłoża i ułożenie warstwy piasku pod obiektem, za wynagrodzeniem ryczałtowym w wysokości 91.140 zł netto. W czasie realizacji tej umowy wystąpiła potrzeba wykonania robót dodatkowych o wartości 151.307 zł, co skutkowało zawarciem między generalnym wykonawcą i powodem kolejnej umowy nr (...) w dniu 1 sierpnia 2014r., obejmującej dodatkowo korytowanie podłoża pod parkingiem, ułożenie destruktu betonowego oraz geowłókniny, za wynagrodzeniem w kwocie 163.800 zł netto.

Powód podał, że generalny wykonawca zgłosił inwestorowi powoda, jako podwykonawcę, pismami z dnia 22 lipca 2014r. i z dnia 1 sierpnia 2014r. Powód wystawił generalnemu wykonawcy, za wykonane przez siebie roboty, trzy faktury, o łącznej wartości dochodzonej pozwem. Z uwagi na brak zapłaty należności z tych faktur wezwał obu pozwanych do ich zapłaty, jednak wezwanie nie odniosło skutku. Generalny wykonawca poinformował powoda, że przesłał inwestorowi faktury do bezpośredniej zapłaty powodowi i że inwestor odstąpił od umowy z dnia 30 czerwca 2014r.

W rozpoznawanej sprawie powód dochodził solidarnie należności od obu pozwanych, w oparciu o art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.

Obaj pozwani wnieśli o oddalenie powództwa.

Pozwany inwestor zarzucił, że nie wyraził zgody na zawarcie przez generalnego wykonawcę umów z powodowym podwykonawcą, gdyż nigdy żadna z tych umów nie została mu przedstawiona do akceptacji, a nadto wskazał, iż powód nie wykazał wykonania robót określonych w pozwie.

Pozwany generalny wykonawca przyznał fakt wykonania przez powoda robót o wartości 358.652,01 zł jednak wskazał, że nie miał środków na uiszczenie należności, gdyż inwestor odstąpił od umowy i nie wypłacił mu wynagrodzenia.

Powołał się na ustne, trójstronne porozumienie, jakie strony procesu miały zawrzeć podczas rozmowy telefonicznej w dniu 27 sierpnia 2014r., zgodnie z którym inwestor zobowiązał się do zapłaty wynagrodzenia za wykonanie robót bezpośrednio powodowi, umarzając tym samym dług wobec generalnego wykonawcy.

W ocenie generalnego wykonawcy wskazane porozumienie miało charakter przekazu. Inwestor zaprzeczył zawarciu powołanego przez generalnego wykonawcę porozumienia.

Sąd Okręgowy w T. wyrokiem z dnia 10 listopada 2015r. zasądził na rzecz powoda dochodzoną pozwem kwotę od pozwanego generalnego wykonawcy, oddalił powództwo skierowane przeciwko inwestorowi i rozstrzygnął o kosztach procesu stosownie do jego wyniku.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd I instancji oparł na następujących ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych.

Pozwani – inwestor ( (...) sp. z o.o. w B.) i generalny wykonawca ( (...) sp. z o.o. sp. komandytowa w T.) zawarli w dniu 30 czerwca 2014r. umowę o wybudowanie przez generalnego wykonawcę w K., przy ul. (...), na działkach nr (...), pawilonu handlowo-usługowego z infrastrukturą, tj. parkingiem i zjazdem z drogi krajowej nr (...) na działkę nr (...) wraz z przebudową drogi krajowej nr (...). Pawilon miał być przeznaczony na potrzeby sklepu (...). Generalny wykonawca zapewnił inwestora, że roboty ziemne wykona we własnym zakresie, choć mógł on powierzyć wykonanie poszczególnych prac podwykonawcom, pod warunkiem uprzedniego pisemnego zawiadomienia inwestora i uzyskania jego zgody(...)

W dniu 22 lipca 2014r. generalny wykonawca zawarł z powodem, jako podwykonawcą, umowę nr (...) o korytowanie podłoża i ułożenie warstwy piasku pod obiektem, z zagęszczeniem, za wynagrodzeniem ryczałtowym w wysokości 91.140 zł netto. W dniu 1 sierpnia 2014r. generalny wykonawca zawarł z powodem drugą umowę, (...) obejmującą korytowanie podłoża pod parkingiem, ułożenie destruktu betonowego oraz geowłókniny za wynagrodzeniem w kwocie

163.800 zł netto. Generalny wykonawca zlecił powodowi wykonanie robót dodatkowych o wartości 151.307 zł. Powód przystąpił do wykonania robót w dniu 23 lipca 2014r. Generalny wykonawca we własnym zakresie nie wykonywał żadnych prac. Pracownicy powoda pracowali na budowie w kamizelkach z logo (...). Na terenie budowy powód wykonywał prace również przy użyciu sprzętu oznaczonego logo (...). Generalny wykonawca, powołując się na (...) łączącej go z inwestorem, w piśmie z dnia 8 sierpnia 2014r., przedstawił inwestorowi listę podwykonawców, wśród których wymienił również powoda. Pismo to zostało doręczone inwestorowi w dniu 12 sierpnia 2014r. Z treści pisma nie wynikało, że powód już wykonuje roboty.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2014r. generalny wykonawca przesłał inwestorowi kosztorys prac dodatkowych, domagając się ich zatwierdzenia i wskazując, że następnego dnia wstrzyma wykonywanie robót z uwagi na brak dokumentacji projektowej, który uniemożliwia kontynuowanie budowy.

Wpisem do dziennika budowy z dnia 19 sierpnia 2014r. kierownik budowy nakazał wstrzymanie robót, wskazując jako przyczynę pismo generalnego wykonawcy z dnia 18 sierpnia 2014r.

W dokumentacji budowy powód nie był oznaczony jako podwykonawca pozwanego generalnego wykonawcy.

W piśmie z dnia 18 sierpnia 2014r. adresowanym do generalnego wykonawcy, inwestor wskazał, że przedstawiona mu lista podwykonawców jest uboga i ma on wątpliwości, czy generalny wykonawca jest w stanie zapewnić ciągłość prac z uwagi na to, że wśród podwykonawców nie ma tych, którzy zapewniają wykonanie kluczowych etapów budowy. Prezes zarządu powoda M. D. w dniu 21 sierpnia 2014r. w siedzibie pozwanego inwestora, w obecności prezesa zarządu inwestora R. B. i jego doradcy D. W., złożył pisemne oświadczenie, że w dniu 23 lipca 2014r. rozpoczął na zlecenie generalnego wykonawcy roboty na budowie pawilonu (...) w K.. Zgodnie z tym oświadczeniem powód do dnia 20 sierpnia 2014r. wykonał wykop-nasyp pod pawilon, odwodnienie placu budowy i wykop pod parking w ok. 30% oraz że za ten zakres robót otrzymał zapewnienie zapłaty.

Pełnomocnik inwestora w piśmie z dnia 20 sierpnia 2014r. wskazał, że żądanie zapłaty za roboty dodatkowe nie znajduje uzasadnienia, zaś w piśmie z dnia 21 sierpnia 2014r. wskazał na to, że podwykonawcy wykonywali roboty bez jego zgody i wiedzy.

Powód za wykonanie robót wystawił pozwanemu generalnemu wykonawcy w sierpniu 2014r. trzy faktury: w dniu 8 sierpnia 2014r. nr (...) na kwotę 112.102,20 zł z terminem płatności do dnia 7 września 2014r., w dniu 11 sierpnia 2014r. (...) na kwotę 186.107,61 zł z terminem płatności do dnia 16 sierpnia 2014r. i w dniu 27 sierpnia 2014r. (...) na kwotę 60.442,20 zł z terminem płatności do dnia 26 września 2014r. Pierwsza z faktur dotyczyła robót wykonanych na podstawie umowy nr (...), druga robót dodatkowych, trzecia – robót wykonanych na podstawie umowy nr (...).

W dniu 25 sierpnia 2014r. pełnomocnik inwestora skierował do generalnego wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu od umowy, podając jako przyczynę odstąpienia wprowadzenie podwykonawcy bez jego zgody, rażące opóźnienie w wykonaniu robót w stosunku do harmonogramu oraz wstrzymanie prac.

W związku z odstąpieniem od umowy przez inwestora przedstawiciele inwestora i generalnego wykonawcy podpisali protokół przejęcia placu budowy i inwentaryzacji robót, w którym stwierdzono następujący zakres wykonanych prac: platforma robocza pod palowanie budynku w 100%, odwodnienie terenu – drenaż w 100%, platforma robocza pod parking – w 30%, droga dojazdowa do platformy roboczej w 100%, przyłącze energetyczne prądu w 100% i połączenie drenażu z rzeczą. Powód nie podpisał tego dokumentu.

W piśmie z dnia 29 sierpnia 2014r. powód zwrócił się do pozwanego generalnego wykonawcy o przekazanie „cesji płatności na S. (...) na załączone faktury VAT”, do którego dołączył faktury wystawione dla generalnego wykonawcy. Generalny wykonawca w piśmie z dnia 29 sierpnia 2014r., wysłanym w dniu 4 września 2014r. i doręczonym inwestorowi w dniu 10 września 2014r. przesłał inwestorowi faktury wystawione mu przez powoda i trzy faktury wystawione przez siebie inwestorowi, na identyczne kwoty i na te same roboty, wskazując, że zgodnie z trójstronnymi ustaleniami z dnia 27 sierpnia 2014r., zapłata należności z tych faktur powinna zostać dokonana przez

inwestora bezpośrednio na rzecz powoda. Pozwany inwestor zwrócił faktury pozwanemu generalnemu wykonawcy, bez księgowania.

Pismem z dnia 9 września 2014r. generalny wykonawca złożył inwestorowi oświadczenie o odstąpieniu od umowy wskazując w nim, że roboty wykonane przez niego są tożsame z pracami wymienionymi w protokole przyjęcia placu budowy z dnia 27 sierpnia 2014r., których zakres został przez inwestora potwierdzony. W tym samym dniu generalny wykonawca przesłał inwestorowi fakturę nr (...) na kwotę 37.970,10 zł, obejmującą wynagrodzenie za prace objęte umową, za wyjątkiem prac ziemnych.

Z uwagi na brak zapłaty wynagrodzenia powód w dniu 7 października 2014r. wezwał obu pozwanych do zapłaty kwoty 358.652,01 zł, wynikającej z faktur.

Pozwany inwestor, po odstąpieniu od umowy zawartej z pozwanym generalnym wykonawcą, zawarł umowę o wykonanie robót w K. z nowym generalnym wykonawcą – (...) sp. z o.o. spółką komandytową w K., a następnie sprzedał nowemu kontrahentowi nieruchomość wraz z rozpoczętą budową. Nowy inwestor dokończył budowę, na której roboty kontynuował także powód.

W ocenie Sądu Okręgowego żądanie powoda było zasadne wobec pozwanego generalnego wykonawcy, natomiast brak było podstaw do jego uwzględnienia wobec pozwanego inwestora.

Pozwany generalny wykonawca nie zakwestionował faktu wykonania przez powoda robót na budowie w K. ani wysokości należnego powodowi z tego tytułu wynagrodzenia. Jedyne zarzut, jaki pozwany ten podniósł przeciwko żądaniu pozwu, dotyczył porozumienia z dnia 27 sierpnia 2014r., które miało doprowadzić do wygaśnięcia jego zobowiązania wobec powoda. Porozumienie to, miało według pozwanego generalnego wykonawcy, charakter przekazu.

Sąd Okręgowy uznał, że materiał dowodowy sprawy nie pozwalał na przyjęcie, iż strony w dniu 27 sierpnia 2014r. zawarły trójstronne porozumienie, zgodnie z którym pozwany inwestor zobowiązał się do zapłaty kwoty należnej generalnemu wykonawcy, bezpośrednio na rzecz powoda. Nawet gdyby w działaniach pozwanego generalnego wykonawcy doszukiwać się przekazu w rozumieniu art. 921<sup>1</sup> k.c. i art. 921<sup>2</sup> § 1 k.c., to nie ma dostatecznych podstaw do uznania, że miał miejsce akcept przekazu przez pozwanego inwestora. Do nawiązania stosunku prawnego między przekazaniem a odbiorcą przekazu dochodzi dopiero wówczas, gdy przekazany przyjmie przekaz (art. 921<sup>2</sup> § 1 k.c.). Przyjęcie przekazu (akcept) następuje przez oświadczenie woli przekazanego złożone odbiorcy przekazu.

Nadto wygaśnięcie zobowiązania przekazującego wobec odbiorcy przekazu wynikającego ze stosunku waluty nie następuje przez sam przekaz ani jego przyjęcie, lecz dopiero przez spełnienie świadczenia przez przekazanego do rąk odbiorcy przekazu (art. 921<sup>5</sup> k.c.). Nie było, w ocenie Sądu Okręgowego, żadnych podstaw do uznania, że w wyniku przekazu, jeżeli w ogóle miał miejsce, doszło do umorzenia długu pozwanego generalnego wykonawcy wobec powoda, gdyż pozwany nie spełnił świadczenia na rzecz powoda.

Pozwany generalny wykonawca nie wykazał, że strony w dniu 27 sierpnia 2014r. zawarły trójstronne porozumienie, zgodnie z którym inwestor zobowiązał się do zapłaty kwoty należnego generalnemu wykonawcy wynagrodzenia bezpośrednio powodowi.

Odmienne stanowiska w tym zakresie nie uzasadnia twierdzenie pozwanego generalnego wykonawcy, że o zawarciu porozumienia świadczy pismo powoda, które wpłynęło do generalnego wykonawcy w dniu 29 sierpnia 2014r. oraz pismo generalnego wykonawcy skierowane tego samego dnia do inwestora i doręczone mu 10 września 2014r. Generalny wykonawca nie wykazał bowiem, że inwestor po otrzymaniu tego pisma złożył oświadczenie, że przekaz przyjmuje.

Z powyższych względów nie doszło do umorzenia zobowiązania pozwanego generalnego wykonawcy względem powoda. Nie było też podstaw do uznania zasadności twierdzenia pozwanego generalnego wykonawcy, że powód

powinien w pierwszej kolejności dochodzić swoich roszczeń od pozwanego inwestora, a dopiero później, gdyby nie doszło do ich zaspokojenia, od generalnego wykonawcy.

Z uwagi na to, że pozwany generalny wykonawca nie kwestionował roszczenia powoda ani co do zasady, ani też co do wysokości, należało powództwo w stosunku do tego pozwanego uznać za zasadne i zasądzić od niego na rzecz powoda, na podstawie art. 647 k.c., dochodzoną pozwem kwotę, z ustawowymi odsetkami od dat wskazanych w pozwie, w oparciu o art. 481 § 1 k.c.

Nie zasługiwało natomiast na uwzględnienie roszczenie powoda skierowane przeciwko pozwanemu inwestorowi, oparte na art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.

W świetle art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 1 k.c. warunkiem odpowiedzialności solidarnej inwestora z wykonawcą robót za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy jest wyrażenie zgody przez inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą. Zgoda inwestora może być wyrażona nie tylko w sposób określony w art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 k.c., czy w sposób bierny (pasywny), wyrażający się brakiem zgłoszenia przez inwestora na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń w terminie 14 dni od przedstawienia mu umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji, dotyczącą wykonania określonych robót, powierzonych podwykonawcy, ale także w sposób czynny (aktywny), polegający na wyraźnym lub dorozumianym oświadczeniu woli (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 4 lutego 2011r., III CSK 152/2010, Lex nr 3944609).

Na poparcie swojego twierdzenia o wyrażeniu przez pozwanego inwestora zgody na zawarcie przez pozwanego generalnego wykonawcę umów z powodem, jako podwykonawcą oraz zlecenia na wykonanie przez niego robót dodatkowych, powód nie przedstawił wystarczających, w ocenie Sądu Okręgowego, dowodów.

(...)umowy zawartej przez pozwanych wynikało jasno, że generalny wykonawca może zlecić podwykonawcy część prac objętych zakresem umowy pod warunkiem uprzedniego pisemnego zawiadomienia o tym inwestora i uzyskania jego zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą. Nadto w(...) umowy strony ustaliły, że generalny wykonawca wraz z fakturami częściowymi będzie przedstawiać inwestorowi oświadczenia podwykonawców o uregulowaniu przez niego wynagrodzenia na ich rzecz oraz gwarantował inwestorowi zaspokojenie podwykonawców. Nie ulegało wątpliwości, że pozwany generalny wykonawca zawarł z powodem dwie umowy, a także zlecił mu wykonanie robót dodatkowych, bez wypełnienia warunków określonych w (...)umowy.

Z (...) umowy łączącej pozwanych wynikał obowiązek generalnego wykonawcy w zakresie uprzedniego pisemnego zawiadomienia inwestora o zamiarze zawarcia umowy z podwykonawcą i uzyskanie jego zgody. Umowy pozwanego generalnego wykonawcy z powodem zostały zawarte w dniach 22 lipca 2014r. i 1 sierpnia 2014r., stąd ewentualne pisemne zawiadomienia inwestora, pismami z dnia 22 lipca 2014r. i 1 sierpnia 2014r. o zawarciu tych umów nie spełniało wymagań określonych w powołanym postanowieniu umowy. Nadto pozwany inwestor zarzucił, że nie otrzymał wskazanych pism pozwanego generalnego wykonawcy i dołączonych do nich umów, zawartych z powodem, zaś powód okoliczności tych nie udowodnił. Nie sposób było przyjąć, że dowodem doręczenia pozwanemu inwestorowi tych pism było potwierdzenie odbioru nr (...). Przesyłka, której dotyczy to potwierdzenie odbioru została nadana w dniu 6 sierpnia 2014r. i doręczona pozwanemu inwestorowi w dniu 12 sierpnia 2014r. (k. 45 – 45v). Pozwany inwestor wskazał, że potwierdzenie odbioru odnosi się do pisma pozwanego generalnego wykonawcy z dnia 18 lipca 2014r. (k. 99 – 99v). Gdyby generalny wykonawca zawiadomił inwestora o tym, że powód będzie podwykonawcą w pismach z dnia 22 lipca 2014r. i 1 sierpnia 2014r. oraz dołączył do tych pism teksty umów zawartych z powodem, to przecież w piśmie z dnia 8 sierpnia 2014r. (k. 101 – 101v), stanowiącym formalne zgłoszenie podwykonawców, niewątpliwie powołałby się na tę okoliczność. Tymczasem w piśmie z 8 sierpnia 2014r. brak było jakiegokolwiek odniesienia do ewentualnych wcześniejszych pism, z dnia 22 lipca 2014r. i 1 sierpnia 2014r.

W tych okolicznościach Sąd Okręgowy uznał za w pełni wiarygodne zeznania prezesa pozwanego inwestora – R. B., w których zeznał, że inwestor nie otrzymał umów zawartych przez pozwanego generalnego wykonawcę z powodem. Nadto Sąd I instancji zwrócił uwagę, że warunkiem zastosowania art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. jest zgodnie z art.

647<sup>1</sup> § 2 k.c., nie tylko doręczenie inwestorowi umowy zawartej z podwykonawcą, ale także części dokumentacji dotyczącej wykonania robót objętych tą umową. Powód nawet nie twierdził, że taka dokumentacja została pozwanemu inwestorowi doręczona.

W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, że nie było podstaw do przyjęcia, że została uruchomiona procedura określona w art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 k.c., prowadząca do wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą.

Ubocznie jedynie Sąd I instancji wskazał, że wynikające z umowy łączącej generalnego wykonawcę i inwestora wymaganie uzyskania przez generalnego wykonawcę ex ante zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą, wyklucza możliwość biernej zgody wyrażonej ex post. Odmienny pogląd byłby równoznaczny z uznaniem wskazanej klauzuli z(...) umowy pozwanych za nie mającej żadnego znaczenia prawnego, podczas gdy jej sensem jest właśnie uniknięcie następstw wskazanych w art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 k.c.

W rozpoznawanej sprawie nie było także, według Sądu Okręgowego, dostatecznych podstaw do uznania, że inwestor wiedział, przed otrzymaniem pisma generalnego wykonawcy z dnia 8 sierpnia 2014r. (k. 101 – 101v) o powodzie, jako podwykonawcy. Nawet jeśli inwestor widział na terenie budowy prezesa powodowej spółki (...) i jego pracowników, to powód nie wykazał, że wiedza ta odnosiła się do roli powoda w realizacji budowy.

Co do zgody na wykonywanie robót przez powoda, jako podwykonawcę, to wprawdzie można by wyprowadzić wniosek o jej istnieniu z pisma inwestora z dnia 18 sierpnia 2014r. (k. 100 – 100v), ale po pierwsze, jest to pismo pochodzące z dnia poprzedzającego dzień wstrzymania robót przez kierownika budowy i sprzed kilku dni od momentu odstąpienia przez inwestora od umowy, zaś po drugie, co istotniejsze, w sytuacji, w której inwestor nie dysponował umowami łączącymi powoda z generalnym wykonawcą, nie sposób twierdzić o wyrażeniu zgody przez inwestora na zawarcie tych umów.

Nadto, co do robót dodatkowych, powód nawet nie twierdził, że inwestor otrzymał dokument zlecenia wykonania tych robót, dokument który nie ma nawet daty. Nie było zatem nawet możliwości, aby inwestor wiedział o zakresie robót dodatkowych i ich wartości, co uniemożliwiało wyrażenie zgody na zlecenie przez generalnego wykonawcy ich wykonania powodowi.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy, doszedł do wniosku, że pozwany inwestor nie wyraził ani biernie, ani czynnie, zgody na zawarcie przez generalnego wykonawcę z powodem dwóch umów o podwykonanie robót oraz zgody na zlecenie powodowi wykonania robót dodatkowych. Przesądza to o braku solidarnej odpowiedzialności pozwanego inwestora za zapłatę wynagrodzenia powoda, określonej w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę ponadto na jeszcze jeden aspekt sprawy. Pozwany inwestor, w przeciwieństwie do pozwanego generalnego wykonawcy, zakwestionował wysokość dochodzonego przez powoda roszczenia, zaś pozwani nie sporządzili szczegółowej inwentaryzacji wykonanych robót, ograniczając się do procentowego określenia zakresu robót ziemnych (k. 52). Zakres robót wynikający z zeznań świadków świadczy o tym, że powód wykonał cały zakres robót określony w pierwszej umowie, co do robót z drugiej umowy nie ma już jednoznacznych zeznań, natomiast co do robót dodatkowych nie ma w ogóle jasności, jaki zakres tych robót został wykonany.

Z powyższych względów powództwo w stosunku do pozwanego inwestora, jako bezzasadne, podlegało oddaleniu.

O kosztach procesu Sąd I instancji rozstrzygnął na podstawie art. 98 i 99 k.p.c.

Powód złożył apelację od powyższego wyroku, skierowaną do rozstrzygnięć o oddaleniu powództwa przeciwko pozwanemu inwestorowi i o kosztach procesu.

Skarżący zarzucił:

1. naruszenie prawa materialnego:

-.

- art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 k.c. przez przyjęcie przez Sąd I instancji, iż § 7 ust. 1 umowy z dnia 30 czerwca 2014r. zawartej pomiędzy wykonawcą a inwestorem zabezpiecza przed skutkami działania art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 k.c. oraz dopuszcza modyfikacje sposobu wyrażenia zgody przez inwestora, eliminując możliwość wyrażenia jej w sposób dorozumiany czy następczy oraz w konsekwencji przyjęcie, że zgoda inwestora nie może zostać wyrażona w sposób dorozumiany i następczy;
- art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. przez bezpodstawne przyjęcie, że ponoszenie przez inwestora solidarnej odpowiedzialności z wykonawcą jest uzależnione od uprzedniego przedłożenia inwestorowi przez wykonawcę umowy z podwykonawcą a nie z samym faktem wykonania przez wykonawcę robót budowlanych;

2. naruszenie przepisów prawa procesowego art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału, w szczególności polegający na:

-.

- nieznajdującej uzasadnienia w materiale dowodowym sprawy przyjęciu, że powód nie przedstawił dowodu na okoliczność wyrażenia zgody przez pozwanego inwestora na zawarcie umów pomiędzy wykonawcą a powodem oraz na wykonanie robót dodatkowych przez powoda;
- nieuzasadnionym przyjęciu, że pozwany inwestor zabezpieczył się przed skutkami działania art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 k.c. poprzez zawarcie klauzul umownych w (...) umowy łączącej generalnego wykonawcę z inwestorem;
- przyjęciu, że inwestor nie otrzymał treści umów łączących generalnego wykonawcę z powodem;
- przyjęciu za istotne w niniejszej sprawie, że inwestorowi nie została doręczona część dokumentacji dotyczącej wykonania robót objętych umową, co przy rozważeniu całokształtu materiału dowodowego nie miało znaczenia, gdyż powód wykonywał prace budowlane na podstawie dokumentacji dostarczonej przez inwestora;
- przyjęciu, że inwestor nie wiedział wcześniej niż 8 sierpnia 2014r. o tym, że powód był podwykonawcą, skoro z drugiej strony przyjął, iż generalny wykonawca nie posiada środków na wykonanie umowy łączącej go z inwestorem oraz że prezes zarządu inwestora wiedział o obecności prezesa zarządu powoda M. D. na placu budowy;
- nie wykazaniu, że inwestor wiedział o zakresie robót objętych dodatkowym zleceniem, ponieważ nie otrzymał dokumentów tego zlecenia;
- przyjęciu, że zeznania świadków potwierdzają tylko, że powód wykonał cały zakres robót z pierwszej umowy, natomiast zakres drugiej umowy, jak i dodatkowych zleceń nie został udowodniony;

3. naruszenie prawa procesowego, art. 161 k.p.c. przez nie znajdujące uzasadnienia w przepisach postępowania wydanie zarządzenia z dnia 5 listopada 2015r. o zwrocie pełnomocnikowi powoda załącznika do protokołu rozprawy z dnia 27 listopada 2015r., powołując się na uchybienie terminu określonego w art. 161 zd. 1 k.p.c.;

4. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności przez uznanie, iż z zeznań świadka nie sposób ustalić, czy pozwany inwestor wyraził zgodę na wykonanie robót przez podwykonawcę.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący domagał się zmiany zaskarżonego wyroku w punktach – II i IV przez zasądzenie solidarnie od pozwanego inwestora na jego rzecz kwoty 358.652,01 zł z ustawowymi odsetkami od trzech kwot składających się na tę kwotę, od dat wymagalności, wynikających z faktur, ewentualnie uchylenia

wyroku w zaskarżonej części i przekazania sprawy w tym zakresie Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach procesu za obie instancje.

Pozwany – (...) sp. z o.o. w B. wniósł o oddalenie apelacji w całości i o zasądzenie od powoda na swoją rzecz zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

#### Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie, gdyż zgłoszone w niej zarzuty nie były zasadne. Sąd Okręgowy nie dopuścił się wskazanych przez skarżącego naruszeń prawa materialnego i prawa procesowego.

U podstaw wprowadzenia do kodeksu cywilnego art. 647<sup>1</sup> § 1 k.c. legło założenie, że wynikająca z niego dodatkowa ochrona, związana z solidarną odpowiedzialnością inwestora, nie przysługuje wszystkim podwykonawcom, którym generalny wykonawca powierzył część prac, ale ochrona ta przewidziana jest tylko dla tych podwykonawców, którzy wykonują prace na podstawie umów, na których zawarcie inwestor wyraził zgodę, w sposób wyraźny bądź dorozumiany.

Z kolei na przesłanki uzyskania zgody zapewniającej jej skuteczność w perspektywie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. wielokrotnie wskazywał Sąd Najwyższy, m.in. w uchwale z dnia 28 czerwca 2006r. III CZP 36/06 (OSNC 2007, nr 4, poz. 52), w uchwale 7 sędziów z dnia 29 kwietnia 2008r. III CZP 6/08 (OSNC 2008, nr 11, poz. 121) czy w wyroku z dnia 6 października 2010r. II CSK 210/10 (OSNC 2011, nr 5, poz. 59). W powołanych orzeczeniach Sąd Najwyższy podkreślił, a Sąd Apelacyjny to aprobuje, iż zgoda inwestora ma dotyczyć zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą, a więc konkretnej umowy, o określonej treści, zawartej lub przynajmniej wstępnie uzgodnionej ze indywidualizowanym podmiotem, w zakresie wszystkich istotnych postanowień, a szczególnie tych, które decydują o wysokości wynagrodzenia. Zgoda ta może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 k.c.); przez wyrażenie jej wprost albo w sposób milcząco (bierny), którego warunki skuteczności określa art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c., a także w sposób dorozumiany. Tak wyrażona zgoda jest jednak skuteczna jedynie wówczas, gdy inwestor znał nie tylko osobę podwykonawcy, ale także wszystkie istotne postanowienia konkretnej umowy łączącej podwykonawcę z wykonawcą, a szczególnie te, które decydują o wysokości wynagrodzenia podwykonawcy. Wiedza inwestora o tym, że konkretny podwykonawca wykonywał określony zakres robót nie jest wystarczająca do powstania odpowiedzialności inwestora, przewidzianej w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. w zw. z art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c., jeżeli inwestor nie znał istotnych postanowień umowy wykonawcy z podwykonawcą, decydujących o wynagrodzeniu podwykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie nie doszło do naruszenia art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 k.c. i art. 233 § 1 k.p.c., wobec przyjęcia, że (...)umowy zawartej w dniu 30 czerwca 2014r. przez pozwanego generalnego wykonawcę z pozwanym inwestorem zabezpieczał inwestora przed skutkami działania art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 k.c., eliminując możliwość wyrażenia zgody przez inwestora na wykonanie części robót, objętych tą umową przez podwykonawcę, w sposób dorozumiany bądź następczy.

Co prawda Sąd Okręgowy przedstawił w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku pogląd, według którego wynikające z umowy łączącej generalnego wykonawcę z inwestorem wymaganie uzyskania ex ante zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą wyklucza możliwość biernej zgody, wyrażonej ex post na zawarcie takiej umowy, zaś pogląd odmienny byłby równoznaczny z uznaniem wymienionej klauzuli za nie mającej żadnego znaczenia prawnego, podczas gdy jej sensem jest właśnie uniknięcie następstw wskazanych w art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 k.c., to należy zauważyć, że Sąd I instancji pogląd ten wyraził „na marginesie” swoich rozważań i nie stanowił on zasadniczego powodu, skutkującego brakiem przyjęcia podstaw solidarnej odpowiedzialności pozwanego inwestora z pozwanym wykonawcą, wynikającej z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.

Wskazać należy, że zapis(...), jak i pozostałe zapisy tego paragrafu, nie stoją w sprzeczności z dyspozycjami poszczególnych paragrafów art. 647<sup>1</sup> k.c., a wymaganie „uprzedniego pisemnego zawiadomienia inwestora i uzyskania



jego zgody” przed zleceniem wykonania poszczególnych części prac podwykonawcy i jego niespełnienie, zaś wbrew pogładowi Sądu Okręgowego nie wyłącza zastosowania art. 647§ 5 kc. Zapisy te wywołują skutki wyłącznie pomiędzy inwestorem i generalnym wykonawcą, a ich nieprzestrzeganie przez generalnego wykonawcę mogło skutkować jego odpowiedzialnością wobec inwestora, opartą na art. 471 k.c. lub art. 636 k.c. w zw. z art. 565 § 1 k.c., a nie wyłączeniem zastosowania art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 k.c. i art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. wobec podwykonawcy.

Gdyby zatem w rozpoznawanej sprawie powód wykazał, że pozwany inwestor otrzymał kopie dwóch umów zawartych przez niego z pozwanym generalnym wykonawcą, a także kopię zlecenia robót dodatkowych, nawet po dniu ich zawarcia i w terminie 14 dni od przedstawienia mu tych dokumentów nie zgłosił na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, to należałoby uznać, że inwestor wyraził zgodę na zawarcie tych umów, stosownie do treści art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 k.c.

Powód jednak, jak prawidłowo ustalił Sąd Okręgowy, nie przedstawił wiarygodnych dowodów na fakt przedstawienia pozwanemu inwestorowi wskazanych wyżej umów i zlecenia robót dodatkowych. Doręczeniu prezesowi zarządu inwestora umowy z dnia 22 lipca 2014r. nr (...) na budowie w lipcu 2014r. pozwany inwestor zaprzeczył, zaś ani powód, ani pozwany generalny wykonawca nie przedłożyli potwierdzenia odbioru przez inwestora tej umowy na budowie w określonym dniu, natomiast brak było również podstaw do przyjęcia, że generalny wykonawca przesłał inwestorowi dwie umowy podwykonawcze, tj. umowę nr (...) z 22 lipca 2014r. i umowę nr (...) z 1 sierpnia 2014r. przesyłką poleconą o numerze nadawczym (...) w dniu 6 sierpnia 2014r. Pozwany inwestor zaprzeczył aby określona wyżej przesyłka zawierała umowy zawarte przez generalnego wykonawcę z powodem, zaś na dowodzie nadania brak jest jakichkolwiek adnotacji nadawcy o zawartości przesyłki (k. 45 – 45v).

Słusznie uznał Sąd Okręgowy za wiarygodne twierdzenie pozwanego inwestora, że w przesyłce nadanej w dniu 6 sierpnia 2014r. (pozwany błędnie odczytał datę nadania jako 8 sierpnia 2014r. k.99v) nie było umów zawartych z powodem, a było tylko pismo generalnego wykonawcy z dnia 18 lipca 2014r. (k. 99v). Zauważyć należało, że inne przesyłki polecane, adresowane do inwestora przez generalnego wykonawcę, opatrzone były przez nadawcę dodatkowymi informacjami o zawartości tych przesyłek. I tak przesyłka z 4 września 2014r. odebrana przez inwestora 10 września 2014r., zawierała faktury(...)(k. 138 – 139), zaś przesyłka z dnia 9 września 2014r, zawierała „odstąpienie od umowy” i fakturę (...)(k. 142, 143, 144).

Nadto trafnie wskazał Sąd I instancji, że gdyby generalny wykonawca rzeczywiście zawiadomił inwestora o powierzeniu części robót powodowi, jako podwykonawcy pismami z 22 lipca 2014r. i 1 sierpnia 2014r., doręczonymi wraz z umowami z tych dat przesyłką poleconą, nadaną 6 sierpnia 2014r., bez wątpienia w piśmie zawierającym listę podwykonawców powołałby się na tę okoliczność.

Nie można jednak uznać, że pozwany inwestor mógł w sposób dorozumiany lub w jakikolwiek inny sposób wyrazić zgodę na zawarcie przez pozwanego generalnego wykonawcę umów z powodem i zlecenie mu prac dodatkowych, skoro konkretne umowy i zlecenie prac dodatkowych nie zostały mu przedstawione i nie mógł on odnieść się do istotnych ich postanowień, zwłaszcza tych, które decydują o wysokości wynagrodzenia podwykonawcy. Jak wyżej wskazano, solidarna odpowiedzialność inwestora z wykonawcą, określona w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. nie jest uzależniona od „uprzedniego” przedłożenia inwestorowi przez wykonawcę umowy z podwykonawcą ale jest uzależniona od przedłożenia takiej umowy w ogóle. W szczególności nie można utożsamiać zgody inwestora, rodzącej skutki w postaci jego odpowiedzialności finansowej za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, z samą tylko obecnością podwykonawcy na budowie i wykonywaniem przez niego pewnego zakresu robót, w sytuacji gdy nie umożliwiono mu zapoznania się z istotnymi postanowieniami umów podwykonawczych.

Nie można obciążać inwestora dodatkowym ciężarem, nie wynikającym z treści art. 647<sup>1</sup> k.c. a sprowadzającym się do obowiązku czynienia przez niego ustaleń jakie podmioty na budowie pracują w charakterze podwykonawców robót i staraniem o uzyskanie od nich lub od wykonawcy kopii łączących ich umów. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostawała okoliczność braku doręczenia pozwanemu inwestorowi dokumentacji technicznej, skoro nie zostało wykazane, że nie udostępniono mu umów podwykonawczych i zlecenia robót dodatkowych.

Zeznania świadków Sąd Okręgowy obszernie omówił i ocenił w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Ocenę tych zeznań Sąd Apelacyjny w pełni akceptuje uznając, iż brak było podstaw do wyprowadzenia na ich podstawie wniosku o wyrażeniu zgody inwestora w rozumieniu art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. w sytuacji niewykazania przedstawienia powodowi istotnych postanowień umów podwykonawczych.

Sąd Okręgowy zasadnie uznał, iż w rozpoznawanej sprawie, wobec nie przedstawienia inwestorowi umów podwykonawczych i zlecenia robót dodatkowych, skutki zawarcia tych umów obowiązują tylko ich strony, a nie powstaje solidarna odpowiedzialność inwestora na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. Jest to stanowisko zgodne z wyrażonym przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 listopada 2006r. V CSK 256/06, Lex nr 276247.

Nie miało wpływu na treść rozstrzygnięcia zarządzenie zwrotu pełnomocnikowi powoda złożonego w dniu 4 listopada 2015r. załącznika do protokołu rozprawy z dnia 27 października 2015r., zwłaszcza gdy zważy się, że załącznik winien być złożony „ w toku posiedzenia”, a rozprawę zamknięto w dniu 27 października 2015r. Pełnomocnik procesowy powoda mógł w toku rozprawy zgłaszać wnioski, oświadczenia oraz uzupełnienia wniosków i oświadczeń.

Nie znajdując uzasadnionych podstaw do uwzględnienia zarzutów i wniosków skarżącego należało apelację oddalić, w oparciu o art. 385 k.p.c. i orzec o kosztach postępowania apelacyjnego na podstawie art. 98 i 99 k.p.c.