

Sygn. akt I A Ca 42/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 maja 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Janusz Leszek Dubij
Sędziowie	:	SA Jarosław Marek Kamiński SO del. Grażyna Wołosowicz (spr.)
Protokolant	:	Iwona Aldona Zakrzewska

po rozpoznaniu w dniu 8 maja 2015 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S., L. - *Spółki jawnej w B.*

przeciwko (...) (...) w B.

**o zapłatę**

na skutek apelacji **powoda**

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 5 grudnia 2014 r. sygn. akt VII GC 110/14

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 5.400 zł tytułem zwrotu kosztów procesu za instancję odwoławczą.**

## UZASADNIENIE

Powód (...) S., (...) Spółka jawna w B. wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego (...) w B. kwoty 489.414,37 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 15 lutego 2014 roku do dnia zapłaty, a także kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Wskazał, że w dniu 10 października 2011 roku zawarł z członkiem konsorcjum (...)w B. (generalnym wykonawcą) umowę na wykonanie części prac budowlanych w ramach zamówienia publicznego pozwanego (inwestora), a dochodzona pozwem kwota stanowi część wynagrodzenia przewidzianego w umowie łączącej powoda z (...), która do tej pory opłaciła jedynie kwotę 733.873,18 złotych. Podkreślił, iż w dniu 24 maja 2012 roku (...)powiadomiła pozwanego o zawarciu umowy z powodem, co uzasadnia solidarną odpowiedzialność pozwanego za zapłatę powodowi

wynagrodzenia na podstawie art. 647<sup>(1)</sup> k.c. W dniu 21 września 2012 roku powód wezwał pozwanego do zapłaty na jego rzecz kwoty 527.895,07 złotych z tytułu nieopłaconych przez (...) faktur, ale pozwany powołując się na brak ustaleń dotyczących udziału podwykonawców w budowie odmówił zapłaty.

Pozwany (...) w B. wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenie na jego rzecz od powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Podniósł, że żądanie powoda jest bezpodstawne, bowiem nie łączy go z pozwanym żaden stosunek prawny, na podstawie którego mógłby dochodzić roszczenia objętego pozwem. Podkreślił, że posiadał wiedzę, iż powód uczestniczył w procesie inwestycyjnym, jednakże działał on na zlecenie głównego wykonawcy (...), jako lidera konsorcjum, oraz (...) w B., a zatem sporne roszczenie powinno być skierowane przeciwko tym podmiotom. Zaznaczył, że powód nie wykonywał na jego rzecz robót w charakterze podwykonawcy, ponieważ w świetle oferty generalnego wykonawcy, jak też umowy zawartej pomiędzy pozwanym a głównym wykonawcą nie było możliwości udziału podwykonawców w procesie inwestycyjnym.

***Wyrokiem z dnia 5 grudnia 2014 roku Sąd Okręgowy w Białymstoku oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7.217 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.***

Sąd I instancji za podstawę rozstrzygnięcia przyjął następujące ustalenia:

W dniu 12 maja 2010 roku pozwany ogłosił zamówienie publiczne na roboty budowlane w ramach rozbudowy (...) Przetarg wygrały działające w ramach (...) oraz (...), uzyskując w ten sposób status generalnego wykonawcy inwestycji. W dniu 20 października 2010 roku pozwany zawarł z (...) oraz (...) umowę nr (...), wykonywaną przez nich w ramach konsorcjum.

W dniu 10 października 2011 roku powód (podwykonawca) zawarł z członkiem konsorcjum (...) Sp. z o. o. (generalnym wykonawcą) umowę nr (...) na wykonanie części prac budowlanych w ramach zamówienia publicznego pozwanego (inwestora). Prace te miały obejmować wykonanie instalacji i klimatyzacji w ramach realizowanego zadania rozbudowy (...), obejmującego blok operacyjny, centralną sterylizatornię i dział diagnostyki obrazowej oraz dostawę wyposażenia niezbędnego do wykonania roboty budowlanej. Aneks z dnia 29 lipca 2012 roku do umowy nr (...) termin zakończenia robót ustalono na 31 października 2012 roku.

W dniu 24 maja 2012 roku (...) powiadomiła pozwanego o zawarciu umowy z powodem. W odpowiedzi na to pismo, w dniu 5 lipca 2012 roku pozwany wskazał, że (...) w ofercie z dnia 16 czerwca 2010 roku oświadczyła, że nie powierzy do wykonania podwykonawcom żadnej części robót składających się na zamówienie - w całości wykona pracę własnymi siłami, w związku z czym nie może mieć zastosowania art. 647<sup>(1)</sup> k.c.

W dniu 24 września 2012 roku powód wezwał pozwanego do zapłaty na jego rzecz kwoty 527.895,07 złotych z tytułu nieopłaconych przez głównego wykonawcę (...) faktur. Wobec braku zapłaty przez (...) powód w dniu 28 lutego 2013 roku rozwiązał z nim umowę, a jednocześnie podpisał z drugim członkiem konsorcjum (...) umowę, której przedmiotem było zrealizowanie do końca robót budowlanych.

Powód wykonał prace przewidziane umową łączącą go z głównym wykonawcą. W dniu 30 sierpnia 2013 roku doszło też do odbioru końcowego całości przedmiotowej inwestycji.

Żądanie pozwu obejmuje należności wynikające z dołączonych do akt sprawy faktur VAT: (...) na kwotę 146.360,44 złotych, (...) na kwotę 28.156,53 złotych, (...) na kwotę 134.144,06 złotych, (...) na kwotę 99.211,87 złotych. Główny wykonawca opłacił kwotę 733.873,18 złotych, do zapłaty pozostała kwota 489.414,37 złotych wynikająca z przedstawionych faktur VAT.

W dniu 3 lutego 2014 roku powód przesłał na adres pozwanego przedsądowe wezwane do zapłaty kwoty 489.414,37 złotych, ale w odpowiedzi na to pismo pozwany wskazał, że w ofercie z dnia 16 czerwca 2010 roku (...) oświadczyła, że nie powierzy do wykonania podwykonawcom żadnej części robót, pozwany podkreślił przy tym, że w zawartej umowie nie został określony zakres robót, które mogłyby być wykonywane przez podwykonawców, dlatego też nie przyjął i nie mógł wyrazić zgody na udział podwykonawców w realizacji zamówienia.

W rozważaniach prawnych Sąd I instancji wskazał, że przewidziana w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. odpowiedzialność inwestora za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę uwarunkowana jest zgodą inwestora na zawarcie umowy o podwykonawstwo robót budowlanych. Zgoda ta może przy tym zostać wyrażona w sposób bierny (tzw. akceptacja milcząca) - przy zastosowaniu fikcji prawnej z art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie drugie k.c., kiedy w terminie 14 dni od przedstawienia inwestorowi umowy lub jej projektu z częścią dokumentacji, nie zgłosi on pisemnego sprzeciwu lub zastrzeżeń oraz w sposób czynny poprzez wyraźną akceptację, a także w sposób dorozumiany (art. 60 k.c.) - kiedy nie znajduje zastosowania fikcja prawna z art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie drugie k.c., lecz wystarczy, że inwestor uzyska informację o osobie podwykonawcy oraz treści umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, a nadto w dowolnej formie oraz terminie wyrazi zgodę na wykonywanie robót przez podwykonawcę; nieistotne jest przy tym źródło tej wiedzy, natomiast niezbędne jest, aby umowa została zindywidualizowana podmiotowo i przedmiotowo.

Sąd I Okręgowy uznał, że pozwany nie wyraził jednak zgody na zawarcie przez (...) i powoda umowy o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku ani w sposób bierny, ani w sposób czynny wyraźny, bądź dorozumiany.

Zdaniem Sądu powód nie udowodnił, że poza pismem (...) z dnia 24 maja 2012 roku, w którym zawiadomiła ona pozwanego o zawarciu umowy z powodem jako podwykonawcą, pozwany otrzymał tę umowę o podwykonawstwo robót budowlanych. Wskazał, że zeznający w sprawie świadkowie W. G., K. H., R. S. J. potwierdzili, że ani przed, ani w trakcie, ani po zakończeniu inwestycji pozwanemu nie przedłożono umowy powoda z generalnym wykonawcą. Wspólnik powoda A. L. wskazał, że powód liczył, iż zostanie zgłoszony pozwanemu przez (...), a gdy dowiedział się, że nie miało to miejsca, to sam wystosował do inwestora dokument. Sąd Okręgowy zaznaczył jednak, że ten dokument to nie umowa, ale pismo wzywające do zapłaty.

Sąd I instancji zaznaczył, że z oferty, która wraz z załącznikami stanowiła podstawę wyboru głównego wykonawcy w zakresie zamówienia pozwanego nie wynika udział konkretnych podwykonawców, obszarów, w których wykonają oni prace budowlane, a nawet sama możliwość skorzystania z ich pomocy w zakresie zamówienia pozwanego. W ofercie tej (...) wyraźnie „oświadczył, iż zapoznał się z warunkami zamówienia i nie wnosi do nich żadnych zastrzeżeń”, a w punkcie dotyczącym części zamówienia, które mają być powierzone podwykonawcom wpisała „nie dotyczy”. W umowie (...) z dnia 20 października 2010 roku strony nie ustaliły zakresu robót, które mogłyby zostać wykonane przez podwykonawców. Zdaniem Sądu pozwany chciał ustrzec się przed sytuacją, w której mogłyby dojść do jego solidarnej z generalnym wykonawcą odpowiedzialności za zobowiązania zaciągnięte przez (...) wobec podwykonawców, bez wyraźnej zgody pozwanego.

Sąd Okręgowy wskazał, że pozwany wiedział o obecności pracowników powoda na terenie budowy i o wykonywaniu przez nich robót objętych umową (...) i powoda o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku, ale uznał, iż nie oznacza to, że pozwany wyraził zgodę na zawarcie tej umowy i nie uzasadnia przypisania pozwanemu odpowiedzialności za zapłatę powodowi wynagrodzenia za wykonane przez niego roboty budowlane. W odpowiedzi na pismo (...) z dnia 24 maja 2012 roku, w którym zawiadomiła ona pozwanego o zawarciu umowy z powodem jako podwykonawcą instalacji gazów medycznych oraz wentylacji i klimatyzacji pozwany w piśmie z dnia 5 lipca 2012 roku nie przyjął tych informacji i wskazał, że skoro (...) zobowiązała się wykonać osobiście roboty, to nie może mieć zastosowania art. 647<sup>((1))</sup> k.c. Na brak zgody pozwanego na umowę (...) z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku wskazuje także pismo pozwanego z dnia 13 listopada 2012 roku.

Wobec tego, że pozwany nie wyraził zgody na umowę (...) z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku, to nie ponosi on odpowiedzialności za zapłatę powodowi wynagrodzenia za wykonane przez niego roboty budowlane.

Skoro powód podjął się wykonywania robót bez uzyskania zgody pozwanego na umowę (...) z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku i wykonywał roboty mimo wiedzy, że pozwany nie akceptuje jego podwykonawstwa, to nie ma podstaw do obciążania pozwanego tymi zobowiązaniami w niezapłaconej przez wykonawcę części. Powód kontynuował roboty wyłącznie na własne ryzyko i odpowiedzialność, czego winien mieć świadomość, zwłaszcza że prowadzi on działalność gospodarczą w budownictwie.

Sąd I instancji wskazał przy tym, że pozwany miał pełne prawo wyrazić zgodę na umowę o podwykonawstwo pomiędzy (...)a podwykonawcą (...), w ramach której podwykonawca miał dokończyć instalację gazów medycznych oraz wykonać stacje sprężarek, pomp próżni i rozprężalni N<sub>2</sub>O, CO<sub>2</sub>, jak również na inne umowy o podwykonawstwo robót budowlanych.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 oraz § 6 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

**Powyższy wyrok w całości zaskarżył apelacją powód, zarzucając:**

**1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, a mający wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, iż:**

**a) choć pozwany wiedział, że powód wykonuje roboty objęte jego umową z wykonawcą - (...), to nie wyraził na to zgody, by powód wykonywał je jako podwykonawca i stąd zobowiązanie względem powoda ciąży wyłącznie na wykonawcy, a nie solidarnie również i na pozwanym, w sytuacji gdy:**

**- nie ma takiej możliwości, aby z mocy prawa (art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c.) nie nastąpił skutek solidarnej współodpowiedzialności inwestora z wykonawcą względem podwykonawcy, gdy została mu przedłożona umowa wykonawcy z podwykonawcą (nastąpiło to w dniu 24 maja 2012 roku - k. 287), a on w sprecyzowanym w tym przepisie terminie 14 dni - nie dopełnił aktu staranności w postaci złożenia sprzeciwu na piśmie (dokonał tego po upływie 14 dni bo w dniu 5 lipca 2012 roku k. 62, gdy powstał problem z uregulowaniem należności z wystawionych przez powoda - podwykonawcę faktur m. in. z dnia 30 kwietnia 2012 roku, 30 maja 2012 roku k. 61),**

**- ustalenie to pozostaje w sprzeczności z doświadczeniem życiowym i kategoriami logicznego rozumowania, bowiem skoro oczywistym jest, że powód wykonywał roboty inwestycyjne na rzecz pozwanego, a pozwany dokładał starań, by te roboty zarówno były opłacone jak i kontynuowane - to w jakim charakterze, jeżeli nie w charakterze podwykonawcy, z wszelkimi tego prawnymi konsekwencjami (vide niżej pkt 1 ppkt b) apelacji),**

**- pozwany odbierał i analizował kosztorysy sporządzone przez powoda, które stanowiły podstawę do uruchamiania płatności tyle, że nie na rzecz powoda - zgodnie z zapisem § 11 pkt 5 umowy (k. 249), a na rzecz (...), która w przeciwieństwie do powoda, nie wywiązywała się z obowiązku realizacji umowy inwestycyjnej zawartej z pozwanym, i została wykluczona z procesu inwestycyjnego, a przedsięwzięcie kontynuowane było i ukończone siłami i środkami finansowymi podwykonawców, w tym i powoda,**

**b) pozwany nie dał wprost do zrozumienia, iż zmienił zdanie co do braku statusu uprawnionego podwykonawcy po stronie powoda, podczas gdy:**

- powód pismem z dnia 21 września 2012 roku (k. 61) zwrócił się do pozwanego inwestora o uregulowanie na jego rzecz należności w łącznej kwocie 527.895,07 złotych z faktur: (...) z dnia 30 kwietnia 2012 roku (nie objętej pozwem), (...) z dnia 30 maja 2012 roku (nie objętej pozwem), (...) z dnia 29 czerwca 2012 roku (nie objętej pozwem) i (...) z dnia 31 lipca 2012 roku (objętej pozwem) pod rygorem zejścia z budowy, zdjęcia zamontowanych urządzeń i obciążenia inwestora roszczeniem odszkodowawczym (k. 61), co spowodowało doprowadzenie przez inwestora do zrealizowania tej należności, poprzez pierwotne postawienie tego zagadnienia na cotygodniowej naradzie z dnia 27 września 2012 roku (k. 90), podczas której i (...) wskazała, iż bank zablokował środki na opłacenie faktur (na rzecz powoda), co nie pozwala na kontynuowanie dalszych robót (w tym i przez powoda). Ustalono, że opłacenie przez inwestora na rzecz(...)faktur na kwotę 1.787.815,85 złotych uruchomi płatność na rzecz firmy (...) i powoda, a ten (kolejna narada z dnia 11 października 2012 roku) - wobec dokonania płatności na jego rzecz - wejdzie z powrotem na plac budowy (k. 92),

- w sytuacji, gdyby powód nie był traktowany przez pozwanego jako podwykonawca - bez wątplenia ani nie byłby tolerowany na placu budowy, ani nie uczestniczyłby kilkanaście razy w cotygodniowych naradach, w urzędowych notatkach z których wyraźnie widnieje zapis, iż uczestniczył w nich Pan B. (np. k. 73), z zaznaczeniem, że jest on przedstawicielem powoda, ani też nie kwitowano by od niego odbioru sporządzonego przez niego kosztorysu (k. 123) zawierającego przedmiot, zakres i wartość robót, co później znajdowało odzwierciedlenie w fakturach VAT wystawianych inwestorowi przez (...), które to faktury nie były kwestionowane przez pozwanego, ani też pozwany nie podejmowałby starań o uregulowanie należności za roboty wykonywane przez powoda, by nie dopuścić do trwałego zejścia przez niego z placu budowy,

c) pozwany wielokrotnie (w dniach 5 lipca 2012 roku i 13 listopada 2012 roku) formułował w pismach kierowanych do (...) informacje, iż nie wyraża zgody na to, by powód miał status podwykonawcy, niemniej takie oświadczenia woli pozwanego nie były kierowane do powoda i jako nawiązujące do umowy łączącej pozwanego z (...) - nie wywołują żadnego skutku względem powoda (vide dla przykładu pismo dotyczące (...) k. 261), bowiem ten ostatni istnienie stosunku prawnego z pozwanym, sprowadzającego się do odpowiedzialności solidarnej pozwanego z głównym wykonawcą (...)- wywodzi nie z oświadczeń woli (umów) a z treści (mocy) prawa, w szczególności art. 476<sup>(( 1))</sup> § 5 k.c., a ponadto oświadczenia te nie były reakcją na podjęcie wiadomości o dokonywaniu świadczenia, a były reakcją (niegodziwą) na zaistnienie obowiązku uregulowania na rzecz powoda należności za wykonane przez niego prace i nabyte przez niego, a zamontowane u powoda materiały i urządzenia,

d) w treści umowy łączącej pozwanego z (...) widnieje zapis, iż nie przewiduje się udziału podwykonawców w realizacji inwestycji, co zostało potwierdzone przez (...), podczas gdy:

- nie ma żadnego wpływu dla oceny stosunku prawnego łączącego powoda z pozwanym, bowiem oświadczenia woli i treść umowy zawartej pomiędzy pozwanym i (...) wywołuje skutki wyłącznie pomiędzy tymi podmiotami jako stronami umowy i nie rodzi żadnego skutku dla osoby trzeciej, jaką jest powód,

- § 11.5. umowy zawartej w dniu 20 października 2010 roku pomiędzy pozwanym a (...) dopuszcza udział podwykonawców w procesie inwestycyjnym i w takim wypadku do faktury przedstawionej inwestorowi przez wykonawcę do zapłaty niezbędne jest dołączenie dowodu opłacenia należności na rzecz tych podwykonawców lub oświadczenie tych podwykonawców, że otrzymali należne wynagrodzenie;

e) powód wiedział, że pozwany nie akceptuje jego podwykonawstwa i jego ewentualnej wyłącznej odpowiedzialności za zobowiązania wykonawcy (k. 427), podczas gdy brak jest jakiegokolwiek

**dowodu wskazującego na to, natomiast inny materiał dowodowy - bądź pominięty, bądź nie dość wnikliwie zinterpretowany, w postaci:**

**- jednoznacznego „zagrożenia” inwestorowi w piśmie z dnia 21 września 2012 roku (k. 61), na wypadek braku płatności na podane przez siebie, własne konto bankowe,**

**- zejściem z budowy,**

**- zdjęciem zamontowanych urządzeń,**

**- obciążeniem inwestora i generalnego wykonawcy roszczeniami odszkodowawczymi za poniesione straty i utracone zyski,**

**- notatki z narady z dnia 21 września 2012 roku (k. 90), gdzie wskazano, iż w powyższej sytuacji, jak też zablokowania przez bank konta wykonawcy(...)- nastąpi ze strony inwestora płatność kwoty około 1.700.000 złotych, co spowoduje uruchomienie płatności dla firmy (...) i powoda wykonującego instalacje wentylacyjne,**

**- notatki z narady z dnia 11 października 2012 roku (k. 92) z zapisem, iż powód wejdzie na plac budowy dnia 15 października 2012 roku z montażem nawiewników laminarnych,**

**- zapisu § 4 umowy z dnia 20 października 2010 roku (k. 245) zawartej pomiędzy pozwanym i (...)dostarczania przez wykonawców materiałów i urządzeń do realizacji inwestycji. Brak uregulowania przez inwestora na rzecz powoda należności za te materiały i urządzenia spowodowało sformułowanie wezwania w stosunku do niego (k. 61),**

**- udziału w cotygodniowych naradach znajdujących odzwierciedlenie w notatkach z nich sporządzanych, zawierających wyraźne zaznaczenie, iż bierze w nich udział Pan P. B. - kierownik robót wentylacyjnych (k. 75, 73, 69) przedstawiciel powoda,**

**- przyjmowanie, weryfikowanie i akceptowanie do realizacji finansowej kosztorysów sporządzanych przez powoda, opatrzonych nazwą tego podmiotu (k. 123), w oparciu o które była wystawiana faktura celem dokonania płatności,**

**2. naruszenie prawa procesowego, które miało istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, a w szczególności art. 233 § 1 k.p.c. i art. 316 § 1 k.p.c. polegające na odstąpieniu od wszechstronnego rozważenia całości materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie i pominięciu jego istotnej części w postaci:**

**a) okoliczności, iż pomiędzy otrzymaniem pisma z 24 maja 2012 roku (data doręczenia k. 287), a wystosowaniem sprzeciwu z dnia 5 lipca 2012 roku (k. 62) bezskutecznie upłynął okres 14 dni zakreślony w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. dla dokonania przez inwestora aktu staranności w postaci złożenia na piśmie jednoznacznego sprzeciwu co do niedopuszczalności udziału podwykonawców w prowadzonym przez siebie procesie inwestycyjnym,**

**b) udział w naradach i korzystanie z kosztorysu sporządzonego przez powoda z uwidocznieniem jego nazwy - jako podmiotu sporządzającego tenże kosztorys, odebrany przez inwestora (w osobie Pana R.) od powoda, starań o uzyskanie przez powoda płatności za część zrealizowanych prac i dostarczonych materiałów i urządzeń, a w konsekwencji dążenia do spowodowania powrotu powoda na plac budowy, co wskazuje, że inwestor znał zakres prac zrealizowanych przez powoda i cenę - bowiem zapisy z kosztorysu stanowiły podstawę wpisów w fakturze, które nie były kwestionowane przez pozwanego, a przynajmniej z łatwością mógł się o nich dowiedzieć (vide wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 15 listopada 2013 roku sygn. akt I ACa 518/13**

*i cytowany tam wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 roku sygn. akt III CSK 152/10 i uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2008 roku sygn. akt III CZP 6/08),*

*c) nie wyrażali zgody w pismach z dnia 5 lipca 2012 roku i 13 listopada 2012 roku, a faktycznie udział przedstawiciela powoda w cotygodniowych naradach zwoływanych przez inwestora poczynając od grudnia 2011 roku (k. 63) do 28 marca 2013 roku (k. 122 przy odbiorze końcowym w dniu 30 sierpnia 2013 roku k. 347), jak też dokonywanie odbioru kosztorysów sporządzanych przez powoda (ze stycznia 2012 roku - k. 123) i dążenie do powrotu powoda na plac budowy - jednoznacznie wskazują, iż taką zgodę w sposób dorozumiany udzielił (art. 60 k.c.; tylko sprzeciw musiałby mieć formę pisemną - art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c.), a nawet - jeżeli tak nie było - to nie sprzeciwił się w 14-dniowym terminie co najmniej od dnia 24 maja 2012 roku udziałowi powoda w realizacji inwestycji jako podwykonawcy. Wymaga podkreślenia, iż oświadczenia takie były składane przez pozwanego wtedy, gdy następowała potrzeba uiszczenia należności za dotychczas wykonane przez podwykonawców roboty budowlane i dostarczone przez nich materiały oraz urządzenia, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego,*

*d) kosztorysów sporządzanych przez powoda i od niego odbieranych, a następnie akceptowanych przez pozwanego po ich weryfikacji, w których sprecyzowany był rodzaj robót, ich zakres oraz wartość, co wskazuje, że jednak pozwany miał najbardziej precyzyjne wiadomości co do istotnych elementów umowy, t.j. zakresu robót i ceny, łączącej powoda z głównym wykonawcą (...), w szczególności kosztorysu powykonawczego ze stycznia 2012 roku (k. 123) sporządzonego przez powoda, a odebranego przez pracownika pozwanego J. R. (k. 366) dla stwierdzenia, iż informacja z dnia 5 lipca 2012 roku (k. 62) wystosowania przez pozwanego do (...) (w odpowiedzi na pismo z dnia 24 maja 2012 roku, które zostało doręczone pozwanemu w tymże dniu, co zostało przyznane w piśmie z dnia 8 września 2014 roku k. 287) stwierdzająca, iż nie przyjmuje on do wiadomości faktu wprowadzenia do procesu inwestycyjnego jako podwykonawcy powoda nastąpiło po upływie 14- dniowego okresu sprecyzowanego w art. 647<sup>((1))</sup> § 2 k.c. na dokonanie przez inwestora aktu staranności w postaci jednoznacznego wyartykułowania w formie pisemnej swego sprzeciwu co do przyjęcia podmiotu gospodarczego do prowadzonego przez siebie procesu inwestycyjnego jako podwykonawcy i jako zmierzające jedynie do uchylenia się od obowiązku zapłaty za te prace i materiały - sprzeczne z zasadami współżycia społecznego,*

*e) dostarczenia przez powoda urządzeń do wykonywanych przez siebie prac budowlanych, bowiem § 4 pkt 1 umowy łączącej pozwanego z (...) nie przewidywał zaangażowania się zamawiającego w dostarczanie żadnych materiałów (k. 245), a nierozliczenie materiałów i urządzeń zakupionych ze swoich środków i dostarczonych przez powoda do miesiąca września 2012 roku spowodowało konieczność skierowania do pozwanego zagrożenia zdjęcia zamontowanych urządzeń (k. 61),*

**3. naruszenie prawa materialnego, a w szczególności:**

*a) art. 647<sup>((1))</sup> § 2 k.c. poprzez błędną jego wykładnię, sprowadzającą się do tego, że przy poczynieniu prawidłowego ustalenia, iż pozwany wiedział, że powód wykonuje roboty budowlane objęte jego umową z głównym wykonawcą (...)(uzasadnienie k. 427 akt) przyjęcie, iż samo odstąpienie przez pozwanego od wyrażenia zgody na to, by powód wykonywał je jako podwykonawca skutecznie spowodowało niezrealizowanie w stosunku do niego następującej z mocy prawa (art. 637<sup>((1))</sup> § 2 k.c.) solidarnej z głównym wykonawcą odpowiedzialności za realizację zapłaty należnej podwykonawcy - a obciążało wyłącznie wykonawcę (głównego) - nie może być uznane za trafne, bowiem dla skutecznego niezrealizowania powstającego z mocy prawa (art. 637<sup>((1))</sup> § 2 k.c.) stosunku prawnego pomiędzy podwykonawcą a inwestorem w postaci odpowiedzialności solidarnej inwestora z wykonawcą (głównym) za realizację należności na rzecz*

**podwykonawcy - niezbędne jest dokonanie przez inwestora w terminie 14 dni przewidzianego w tym przepisie aktu staranności w postaci czynnego złożenia w formie pisemnej sprzeciwu lub zastrzeżeń, co do udziału podwykonawcy w procesie inwestycyjnym na zasadzie powodującej solidarną współodpowiedzialność wykonawcy (głównego) z inwestorem, a więc w konsekwencji nie może być uznana za trafną przyjęta przez Sąd wykładnia wskazująca, iż samo odstąpienie od czynnego wyrażenia zgody przez inwestora na takie podwykonawstwo - powoduje niezaistnienie z mocy prawa pomiędzy inwestorem a głównym wykonawcą solidarności w odpowiedzialności materialnej względem podwykonawcy w zakresie zapłaty kwot należnych mu za prace (i materiały) zrealizowane w procesie budowlanym na rzecz inwestora,**

**b) art. 5 k.c. poprzez podejmowanie przez pozwanego inwestora czynności prawnych w postaci składania (zresztą po terminie) oświadczeń o nieprzyjmowaniu do wiadomości wykonywania przez powoda prac budowlanych jako podwykonawcy, podczas gdy miało to miejsce wówczas, gdy zbliżał się czas zapłaty powodowi za wykonane prace i zamontowane materiały i urządzenia, które to oświadczenia pozostają w sprzeczności z zasadą uczciwości i pewności uzyskania świadczenia wzajemnego.**

**Wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda całości dochodzonej pozwem kwoty 489.414,37 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 15 lutego 2014 roku, a także zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Białymstoku do ponownego rozpoznania z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach za instancję odwoławczą.**

**SĄD APELACYJNY ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:**

**Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.**

Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy i ustalenia te Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne, godząc się także z trafnymi wnioskami Sądu I instancji co do braku odpowiedzialności pozwanego jako inwestora za zapłatę powodowi wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez niego na podstawie łączącej go z (...) umowy o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku.

Odnosząc się do apelacji w pierwszej kolejności trzeba wskazać, że chybiony był zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Z przepisu tego wynika, że sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Zarzut naruszenia tego przepisu byłby zatem skuteczny gdyby skarżący wykazał, że sąd uchybił podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów, tj. zasadom logicznego myślenia, doświadczenia życiowego, nauki, czy też nie dokonał wszechstronnego rozważenia sprawy. Sąd I instancji dokonał jednak wszechstronnej, zgodnej z zasadami logicznego myślenia i doświadczenia życiowego oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

W szczególności trzeba zgodzić się z Sądem Okręgowym, że zebrane w sprawie dowody nie dają podstaw do ustalenia, iż pozwanemu przedłożono umowę (...)z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku lub jej projekt wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Z zebranych w sprawie dokumentów wynika, że w dniu 24 maja 2012 roku (...)jedynie zawiadomiła pozwanego o zawarciu przez nią umowy z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych. Dokumenty te w żadnym razie nie wskazują, że pozwany otrzymał umowę(...) z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku lub jej projekt wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Także zeznający w sprawie świadkowie R. J. (k. 406v), W. G. (k. 407v), K. H. (k. 409v) podali, że pozwanemu nie przedłożono umowy (...) z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku. Na brak przedstawienia pozwanemu umowy (...)z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku wskazuje także przesłuchanie w charakterze powoda A. L.. A. L. wskazał bowiem, że powód liczył, iż (...)



zgłosi pozwanemu powoda jako podwykonawcę robót budowlanych, ale to nie nastąpiło i wówczas powód wystosował do pozwanego pismo (k. 411), przy czym pismo to - jak słusznie wskazał Sąd I instancji - stanowiło wezwanie do zapłaty, a nie umowę (...) z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku.

Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie daje również podstaw do ustalenia, że pozwanemu były znane istotne elementy umowy (...)z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku, tzn. zakres prac powierzonych powodowi oraz jego wynagrodzenie, w szczególności sposób jego ustalenia, czy też jego dochodzenia. Poinformowanie pozwanego przez (...) o zawarciu przez nią umowy z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku, czy obecność przedstawicieli powoda na naradach dotyczących robót budowlanych wykonywanych na rzecz pozwanego nie implikują wniosku, że pozwany znał zakres prac powierzonych powodowi, w szczególności, że - jak wynika z pisma powoda do (...) z dnia 5 lipca 2012 roku - wykonawcą instalacji gazów medycznych oraz wentylacji i klimatyzacji był nie tylko powód, ale także (...) (k. 62). Na wiedzę pozwanego o zakresie prac powierzonych powodowi oraz jego wynagrodzeniu, w szczególności sposobie jego ustalenia, czy też jego dochodzenia nie wskazują także inne zebrane w sprawie dowody, w tym opatrzony nazwą powoda kosztorys powykonawczy styczeń 2012 (k. 123 - 129), czy skierowane do pozwanego pismo powoda z dnia 21 września 2012 roku (k. 61). Kosztorys powykonawczy styczeń 2012 roku wskazuje co najwyżej na wykonane przez powoda na danym etapie roboty budowlane i na wysokość należnego mu na tym etapie wynagrodzenia za wykonanie tych robót, zaś ze skierowanego do pozwanego pisma powoda z dnia 21 września 2012 roku wynika co najwyżej wysokość należnego powodowi na danym etapie robót wynagrodzenia za wykonanie tych robót.

Zebrane w sprawie dowody, w szczególności formularz oferty (...) i (...) (k. 250-251), umowy o roboty budowlane z dnia 20 października 2010 roku pomiędzy pozwanym a (...) i (...), potwierdzają, że w tej umowie nie przewidziano udziału podwykonawców w procesie inwestycyjnym. W świetle zebranego materiału dowodowego nie budzi też wątpliwości, że pozwany, po poinformowaniu go przez (...) o zawarciu przez nią umowy z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku, w pismach kierowanych do (...)z dnia 5 lipca 2012 roku (k. 62), z dnia 13 listopada 2012 roku (k. 260), z dnia 9 stycznia 2013 roku (k. 261), z dnia 13 lutego 2013 roku (k. 263) jednoznacznie wskazywał, że (...) miała zrealizować umowę z pozwanym z dnia 20 października 2010 roku własnymi siłami, bez udziału podwykonawców.

W tych okolicznościach trzeba przyjąć za Sądem I instancji, że choć pozwany wiedział o obecności pracowników powoda na terenie budowy i o wykonywaniu przez powoda robót objętych umową pozwanego z (...) i (...) w B. o roboty budowlane z dnia 20 października 2010 roku, to nie wyraził zgody na zawarcie przez (...) i powoda umowy o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku.

Zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą, o jakiej mowa w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. - jak wskazuje się w orzecznictwie - może być wyrażona w sposób bierny oraz w sposób czynny (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2008 roku, III CZP 6/08, OSNC 2008, Nr 11, poz. 121, wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2008 roku, IV CSK 323/08, LEX nr 484681; z dnia 20 stycznia 2009 roku, II CSK 417/08, LEX nr 518078; z dnia 2 lipca 2009 roku, V CSK 24/09, LEX nr 527185).

Z art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie drugie k.c. wynika, że wyrażenie przez inwestora zgody w sposób bierny objawia się brakiem zgłoszenia na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Do przyjęcia, że zgoda inwestora nastąpiła przez „przemilczenie” niezbędne jest zatem przedstawienie mu umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz z odpowiednią częścią dokumentacji, przy czym przedłożenie inwestorowi do akceptacji umowy (jej projektu) musi mieć charakter „kierunkowy”, tzn. nastąpić „w celu” wyrażenia zgody na jej zawarcie.

Wyrażenie zgody przez inwestora w sposób czynny nie jest objęte procedurą z art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie drugie k.c. i może nastąpić w sposób wyraźny pisemnie bądź ustnie, bądź poprzez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia wolę inwestora (art. 60 k.c.). Może zatem nastąpić to poprzez czynności faktyczne, w sposób dorozumiany,

na przykład przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót, oraz dokonywanie podobnych czynności. Przyjmuje się przy tym, że „czynna” zgoda inwestora, wyrażona również konkludentnie, na zawarcie umowy z podwykonawcą, będzie mogła być uznana za skuteczną tylko wówczas, jeżeli ma on wiedzę o istotnych elementach tej umowy, tzn. o 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 (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2008 roku, I CSK 123/08, LEX nr 491463; z dnia 2 lipca 2009 roku, V CSK 24/09, LEX nr 527185; z dnia 6 października 2010 roku, II CSK 210/10, OSNC 2011/5/59; z dnia 4 lutego 2011 roku, III CSK 152/10, LEX nr 1102865).

Skoro pozwanemu nie przedłożono umowy (...)z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, to nie może być mowy o wyrażeniu przez pozwanego w sposób bierny zgody na zawarcie tej umowy.

Niewątpliwie pozwany nie wyraził wprost pisemnie bądź ustnie zgody na zawarcie umowy (...) z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku.

Z kolei brak wiedzy pozwanego o istotnych elementach umowy(...) z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku, tzn. zakresie prac powierzonych powodowi oraz jego wynagrodzeniu, w szczególności sposobie jego ustalenia, czy też jego dochodzenia, a także niegodzenie się przez pozwanego na to, by (...)realizowała umowę z pozwanym z dnia 20 października 2010 roku z pomocą podwykonawców, czemu pozwany dał wyraz w pismach kierowanych do (...)z dnia 5 lipca 2012 roku, z dnia 13 listopada 2012 roku, z dnia 9 stycznia 2013 roku, z dnia 13 lutego 2013 roku wyłącza przypisanie pozwanemu wyrażenia w sposób czynny dorozumiany zgody na zawarcie umowy (...) z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku.

Skoro pozwany nie znał istotnych elementów umowy(...)z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku, tzn. zakresu prac powierzonych powodowi oraz jego wynagrodzenia, w szczególności sposobu jego ustalenia, czy też jego dochodzenia, to o wyrażeniu przez pozwanego w sposób czynny dorozumiany zgody na zawarcie tej umowy nie może stanowić jego wiedza o obecności pracowników powoda na terenie budowy i o wykonywaniu przez powoda robót objętych umową pozwanego z (...) i (...)o roboty budowlane z dnia 20 października 2010 roku, a nawet udział przedstawicieli powoda w naradach dotyczących robót budowlanych wykonywanych na rzecz pozwanego, czy zaakceptowanie przez pozwanego sporządzonego przez przedstawiciela powoda kosztorysu powykonawczego styczeń 2012.

Niezależnie od tego, że już brak wiedzy pozwanego o istotnych elementach umowy (...) z powodem o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku, tzn. zakresie prac powierzonych powodowi oraz jego wynagrodzeniu, w szczególności sposobie jego ustalenia, czy też jego dochodzenia wyłącza uznanie, że pozwany wyraził w sposób czynny dorozumiany zgodę na tę umowę, trzeba wskazać, iż skoro pozwany wyraźnie nie godził się na to, by (...) realizowała umowę z pozwanym z dnia 20 października 2010 roku z pomocą podwykonawców, to zmiana stanowiska w tym przedmiocie także musiałaby być wyraźna. Pozwany, który wyraźnie nie zgodził się na wykonywanie robót przez podwykonawców musiałby wprost dać wyraz temu, że zmienił zdanie. Nie sposób bowiem uznać, że inwestor, który oświadczył, że nie zgadza się na wykonywanie robót przez podwykonawców, może wyrazić zgodę na umowę o podwykonawstwo, np. tolerując obecność podwykonawcy na budowie, czy odbierając wykonane przez niego roboty (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26 czerwca 2014 roku, I A Ca 172/14, LEX nr 1489036).

W skierowanym do (...) piśmie z dnia 27 maja 2013 roku pozwany wprost wyraził zgodę na wykonywanie robót przez podwykonawcę (...) (k. 258). Zebrane w sprawie dowody nie dają jednak podstaw do uznania, że pozwany, po wcześniejszym sprzeciwie co do wykonywania robót przez podwykonawców, wyraźnie zgodził się na to, by powód wykonywał prace jako podwykonawca.

Brak zgody pozwanego na zawarcie przez (...)i powoda umowy o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku wyłącza przypisanie pozwanemu przewidzianej w art. 647<sup>((1))</sup> § 5 k.c. odpowiedzialności za zapłatę powodowi wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez niego na podstawie tej umowy.

Nie można też zgodzić się ze skarżącym, że brak zgody pozwanego na zawarcie przez(...) i powoda umowy o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku stanowił nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 k.c. Powód, który podjął się wykonywania prac objętych umową (...) i powoda o podwykonawstwo robót budowlanych z dnia 10 października 2011 roku bez uzyskania zgody pozwanego na zawarcie tej umowy i wykonywał te roboty wiedząc, że pozwany nie akceptuje jego podwykonawstwa nie może domagać się od pozwanego zapłaty wynagrodzenia za wykonane przez niego roboty wskazując, że brak zgody pozwanego na zawarcie umowy o podwykonawstwo jest nadużyciem prawa.

Dlatego apelacja podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono mając na uwadze wynik tego postępowania oraz treść art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 108 § 1 k.p.c. i art. 109 k.p.c. Powód przegrał sprawę w drugiej instancji i dlatego powinien zwrócić pozwanemu poniesione przez niego w postępowaniu apelacyjnym koszty procesu obejmujące wynagrodzenie reprezentującego go radcy prawnego, którego wysokość ustalono na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (j.t. Dz. U. z 2013 roku, poz. 490).