

Sygn. akt I ACa 1147/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 czerwca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Dorota Gierczak
Sędziowie:	SA Małgorzata Zwierzyńska (spr.) SO (del.) Leszek Jantowski
Protokolant:	sekretarz sądowy Agata Karczewska

po rozpoznaniu w dniu 25 maja 2016 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa E. K.

przeciwko Gminie (...)

z udziałem interwenienta ubocznego B. D. po stronie pozwanej

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 1 lipca 2015 r. sygn. akt IX GC 725/14

I. zmienia zaskarżony wyrok:

1. w punkcie I (pierwszym) w ten sposób, że zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 138.000 zł (sto trzydzieści osiem tysięcy złotych) wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 22 lutego 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, a w pozostałym zakresie oddala powództwo;
2. w punkcie II (drugim) w ten sposób, że zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 10.517 zł (dziesięć tysięcy pięćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania;
3. w punkcie III (trzecim) przez jego uchylenie.

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 2.700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego;

IV. zasądza od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Gdańsku kwotę 6.900 zł (sześć tysięcy dziewięćset złotych) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych w postępowaniu apelacyjnym.

SSO Leszek Jantowski SSA Dorota Gierczak SSA Małgorzata Zwierzyńska

Sygn.akt I ACa 1147/15

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 1 lipca 2015 r. oddalił powództwo E. K. przeciwko Gminie (...) o zapłatę kwoty 138.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 2 listopada 2013 r. do dnia zapłaty (punkt pierwszy), zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 3.617 zł złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (punkt drugi) oraz zasądził od powoda na rzecz interwenienta ubocznego po stronie pozwanej B. D. kwotę 4.497 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Powód E. K. prowadzi działalność gospodarczą w zakresie wykonywania instalacji wodnokanalizacyjnych pod firmą Zakład (...) i Wodnokanalizacyjny (...) E. K. w J., natomiast przedmiotem działalności interwenienta ubocznego B. D., było wykonywanie robót budowlanych.

W dniu 25 marca 2012 r. pomiędzy interwenientem ubocznym B. D. (zwaną w treści umowy „wykonawcą”), a powodem – E. K. (zwanym w treści w/w umowy „podwykonawcą”) została zawarta umowa nr (...) na wykonanie robót budowlanych, polegających na budowie studni głębinowej na terenie realizowanego przez wykonawcę kontraktu pod nazwą „Wybudowanie nowego ujęcia wody, stacji uzdatniania wody oraz odcinka sieci wodociągowej, przy ul. (...) w D., w ramach projektu pn. Budowa studni i stacji uzdatniania wody w D.”, w ramach złożonej przez interwenienta ubocznego pozwanemu oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z ustawą - Prawo zamówień publicznych.

Do zadań powoda należało wykonanie odwiertu studni głębinowej, zaślepienie ww. odwiertu, pompowanie próbne oraz sporządzenie dokumentacji powykonawczej.

Generalnym wykonawcą był interwenient uboczny, a zamawiającym (inwestorem) była pozwana Gmina (...).

Stosownie do § 2 pkt. 1 i pkt 2 umowy z dnia 25 marca 2012 r. strony ustaliły termin rozpoczęcia robót na dzień 26 marca 2013 r., natomiast termin zakończenia robót na cztery miesiące od podpisania niniejszej umowy. W świetle postanowień § 2 pkt 3 umowy termin zakończenia robót będących przedmiotem umowy oznaczono jako datę ich protokolarnego przejścia przez wykonawcę i zamawiającego jako wolnych od uchybień i wad.

Zgodnie z § 3 pkt. 9 do podwykonawcy tj. powoda należało ponoszenie kosztów w przypadku korzystania z zaplecza socjalno-biurowego i magazynowego wykonawcy, korzystania ze środków transportu i innych urządzeń placu budowy, kosztów ochrony placu budowy, kosztów związanych z energią, wodą i odprowadzaniem ścieków proporcjonalnie do ich zużycia. Koszty z powyższego tytułu miały być rozliczane na podstawie faktury VAT wystawianej przez wykonawcę po zakończeniu robót.

Strony ustaliły w § 4 umowy wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy w wysokości 240.000 zł netto, powiększone o należny podatek VAT, z tym, że należność ta miała być rozliczona fakturą końcową, płatną w terminie 14 dni od dnia bezusterkowego wykonania całego przedmiotu zamówienia, potwierdzonego protokołem odbioru robót podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli wykonawcy i zamawiającego.

W § 10 pkt. 1 strony ustaliły zabezpieczenie wykonania umowy poprzez zobowiązanie powoda do zapłaty kary umownej pozwanemu w przypadku jego opóźnienia w zakończeniu realizacji przedmiotu umowy w stosunku do terminu określonego w § 2 – w wysokości 0,5% wartości kwoty wskazanej w § 4 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia.

Stosownie do § 13 pkt. 1 umowy wykonawca zobowiązał się, że zgłosi inwestorowi powoda jako podwykonawcę.

Powód w kontaktach z pozwaną oraz w kontaktach z generalnym wykonawcą dokonywał ustaleń w formie telefonicznej oraz w drodze korespondencji, przy czym powód posługiwał się dwoma adresami korespondencyjnymi: w J. oraz w G..

Interwenient uboczny jako generalny wykonawca dokonał zgłoszenia powoda pozwanemu jako podwykonawcy w zakresie budowy studni głębinowej .

Nieruchomość, na której miało powstać nowe ujęcie wody wraz ze stacją uzdatniania wody przy ul. (...) w D. w momencie wejścia powoda była terenem nieuzbrojonym w media (poza dostępem do istniejącego wodociągu). Na powodzie spoczywał obowiązek doprowadzenia prądu budowlanego bądź zastosowania agregatu prądotwórczego w celu uzyskania zasilania w energię elektryczną na placu budowy. Organizacja przyłącza budowlanego została zainicjowana przez powoda na początku kwietnia 2013 r.

Pismem z dnia 23 kwietnia 2013 r. powód dokonał zgłoszenia pozwanemu rozpoczęcia robót geologicznych związanych z wykonywaniem otworu eksploatacyjnego nr V na terenie miejskiego ujęcia wód podziemnych w D., wskazując przy tym planowany termin rozpoczęcia robót na dzień 7 maja 2013 r. oraz planowany termin zakończenia robót na dzień 7 września 2013 r.

Pismem z dnia 4 czerwca 2013 r. kierowanym do powoda pozwana oświadczyła, że wyraża zgodę na podzlecenie powodowi części robót w zakresie budowy studni głębinowej. Pozwana jednocześnie poinformowała powoda, że interwenient uboczny jako wykonawca został zobligowany do przedstawienia umowy z podwykonawcą, zawartej zgodnie z art. 647¹ Kodeksu Cywilnego, w szczególności zawarcia w tej umowie zobowiązania, do przelewu na rzecz podwykonawcy wierzytelności należnych za wykonane roboty.

Powód dokonał odwiertu otworu studziennego, aby potwierdzić, czy planowane ilości wody są w odpowiedniej ilości i czy woda spełnia parametry jakościowe odpowiednie dla budowy stacji uzdatniania wody. Na etapie realizacji odwiertu powód opóźniał się z wykonywaniem poszczególnych prac z tym związanych. Przyczyną tego była zła organizacja pracy, w tym również niewystarczająca ilość pracowników na terenie budowy, a także brak w pełni sprawnego sprzętu oraz brak odpowiedniego przygotowania frontu robót budowlanych i wystąpienie problemów natury geologicznej, polegających na występowaniu licznych głazów, otoczków w przewiercanych otworach piaszczystych i glinach.

Dnia 29 lipca 2013 r. komisja w składzie zawierającym przedstawicieli strony pozwanej oraz w osobie powoda dokonała odbioru technicznego sporządziła protokół zdawczo-odbiorczy dotyczący robót wiertniczych, mechanicznych w przedmiocie wykonania otworu studziennego nr V na terenie ujęcia miejskiego w D.. Komisja stwierdziła, że prace związane z wykonaniem otworu studziennego nr V rozpoczęto dnia 6 maja 2013 r. i zakończono dnia 26 lipca 2013 r., określając, że roboty zostały wykonane bez usterek i braków.

Pismem z dnia 23 sierpnia 2013 r. interwenient uboczny zwrócił się do powoda z żądaniem przyspieszenia tempa prac. Z uwagi na opóźnienie w zakończeniu realizacji prac wykonywanych przez powoda, generalny wykonawca rozpoczął swoje prace w trakcie prac wykonywanych przez powoda. Generalny wykonawca wystąpił do przedsiębiorstwa energetycznego o wykonanie tymczasowego przyłącza energii elektrycznej, jednak w początkowej fazie wykonywania robót budowlanych korzystał z przyłącza energii powoda.

Pismem z dnia 1 października 2013 r. interwenient uboczny poinformował powoda o możliwości obciążenia go karami umownymi w związku ze znaczącym przekroczeniem umownego terminu wykonania przedmiotu zamówienia, a także możliwości dochodzenia zwrotu poniesionych kosztów w przypadku naliczenia kar umownych przez inwestora lub jakichkolwiek innych kosztów z tytułu opóźnienia realizacji inwestycji w zakresie spowodowanym przez opóźnienie powoda.

Dnia 8 października 2013 r. komisja w składzie zawierającym przedstawicieli strony pozwanej oraz w osobie powoda sporządziła protokół zdawczo-odbiorczy dotyczący robót wiertniczych, mechanicznych w przedmiocie wykonania otworu studziennego nr V na terenie ujęcia miejskiego w D.. Komisja stwierdziła, że prace związane z wykonaniem otworu studziennego nr V rozpoczęto dnia 6 maja 2013 r. i zakończono dnia 8 października 2013 r., określając, że roboty zostały wykonane bez usterek i braków.

Dnia 16 października 2013 r. powód wystawił na rzecz interwenienta ubocznego fakturę VAT nr (...) na kwotę 202.950,00 zł brutto.

Dnia 18 listopada 2013 r. strony sporządziły i podpisały protokół odbioru końcowego robót wiertniczych dotyczący wybudowania studni głębinowej z filtrem studziennym na terenie realizowanego kontraktu „Wybudowanie nowego ujęcia wody, stacji uzdatniania wody oraz odcinka sieci wodociągowej, przy ul. (...) w D., w ramach projektu pn. Budowa studni i stacji uzdatniania wody w D.”.

Pismem z dnia 9 grudnia 2013 r. interwenient uboczny oświadczył powodowi, że w związku ze zwłoką w zakończeniu robót potrąca karę umowną w wysokości 138.000 zł na podstawie § 10 pkt 3 c) umowy z wynagrodzenia należnego powodowi. Jednocześnie interwenient uboczny wystawiła notę księgową nr (...) obciążającą powoda powyższą kwotą. Generalny wykonawca wysłał przesyłki polecone zawierające oświadczenia o potrąceniu wraz z notą księgową pod dwa wskazane przez powoda adresy korespondencyjne.

Dnia 28 stycznia 2014 r. interwenient uboczny dokonał przelewu na rachunek powoda kwoty 64.950,00 zł tytułem faktury nr (...).

W związku z brakiem płatności całości wynagrodzenia powód pismem z dnia 14 lutego 2014 r. skierował do pozwanej pismo wzywające do zapłaty kwoty 202.950,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 2 listopada 2013 r. do dnia zapłaty w terminie 14 dni od otrzymania wezwania.

W odpowiedzi pozwana odmówiła zapłaty z uwagi na naliczoną przez wykonawcę karę umowną.

Generalny wykonawca z tytułu realizacji kontraktu nie został obciążony żadnymi karami umownymi za opóźnienie i otrzymał całość należnego wynagrodzenia.

Oceniając zebrany materiał dowodowy Sąd a quo wskazał - w odniesieniu do dokumentów złożonych wraz ze sprzeciwem od nakazu zapłaty raz interwencją uboczną- że nie były one poświadczone za zgodność z oryginałem przez pełnomocników stron, a zatem wydruki te mogą być uznane za inny środek dowodowy, o jakim jest mowa w treści art. 308 k.p.c. i 309 k.p.c., jednak nie sposób przyjąć, że zawarte w nich oświadczenia nie są zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. To bowiem, jakie znaczenie dowodowe ma ten środek dowodowy, należy oceniać w stosunku do całokształtu zebranego materiału dowodowego. Materiał dowodowy potwierdził natomiast okoliczności doręczenia stronie powodowej oświadczenia o potrąceniu wraz z notą księgową nr (...).

Sąd pierwszej instancji uznał zeznania świadków J. S. i D. Z. za wiarygodne, albowiem w sposób logiczny odtwarzali zapamiętany przez nich przebieg wydarzeń, a zeznania te znalazły również potwierdzenie w złożonych do akt dokumentach. Analogicznie Sąd Okręgowy ocenił zeznania świadka W. D., który zeznał, że powód na zaaranżowane spotkanie w sprawie braku zapłaty wynagrodzenia przyniósł pismo stanowiące oświadczenie o dokonanych przez generalnego wykonawcę potrąceniu wierzytelności z tytułu zapłaty kar umownych. Sąd Okręgowy uznał za wiarygodne również zeznania B. R., który składał zeznania na okoliczność uzgodnień stron co do zapewnienia energii elektrycznej na placu budowy.

Za niewiarygodnie Sąd pierwszej instancji uznał zeznania świadka A. C. co do obowiązku po stronie generalnego wykonawcy udostępnienia powodowi przyłącza energii elektrycznej. Za niewiarygodnie Sąd uznał również zeznania tego świadka co do braku wiedzy powoda o dokonanych potrąceniu, a tym samym o nieotrzymaniu przez powoda pisma z dnia 9 grudnia 2013 r. w przedmiocie złożenia oświadczenia o potrąceniu, Z uwagi na sprzeczność zeznań

świadka A. C. z zeznaniami innych J. S. i D. Z. Sąd Okręgowy odmówił wiarygodności zeznaniom tego świadka co do odpowiedniej ilości pracowników powoda na budowie i w zakresie braku awarii sprzętu powoda na budowie. Sąd miał na względzie dokonując oceny wiarygodności świadka A. C., że przed rozprawą w dniu 10 grudnia 2014r. na korytarzu sądowym świadek ten uzgadniał z powodem treść zeznań. Podobnie świadek W. W. był instruowany przed rozprawą w dniu 24 czerwca 2015 r. na korytarzu sądowym przez powoda co przebiegu inwestycji, a tym samym co do okoliczności będącymi przedmiotem dowodu z zeznań tego świadka. Sąd zatem uznał za niewiarygodne zeznania świadka W. W., z uwagi na to, że zeznania tego świadka nie były samodzielne, a uzgodnione pomiędzy powodem a świadkiem.

Sąd uznał zeznania świadka A. C. za obiektywne jedynie w zakresie, w jakim stwierdził on, że powodowi znany był teren budowy jeszcze przed zawarciem umowy z generalnym wykonawcą, a także w kwestii braku porozumienia powoda z generalnym wykonawcą co do zawarcia aneksu do umowy w przedmiocie przedłużenia terminu wykonywania robót, szczególnie, że była to okoliczność bezsporna w niniejszej sprawie.

Sąd Okręgowy stwierdził, że zeznania powoda nie wnoszą nic istotnego do niniejszej sprawy. Stwierdził on mianowicie, iż również brał udział w przetargu organizowanym przez pozwanego, że umówił się ustnie z generalnym wykonawcą co do tego, że doprowadzenie zasilania będzie leżało po stronie powodowej, a generalny wykonawca zwróci koszty dokonania przyłącza. Według powoda, po dokonaniu kalkulacji generalny wykonawca wycofał się ze swojej propozycji zwrotu kosztów, jednak Sąd Okręgowy podkreślił, że strony umowy nie zawarły na piśmie żadnych uzgodnień w tej materii. Powód potwierdził również, że w jego posiadaniu był agregat prądowórczy, jednakże korzystanie z niego byłoby dla niego nieopłacalne.

Sąd pierwszej instancji uznał, że powództwo nie zasługuje na uwzględnienie.

Powód jako podwykonawca dochodził od inwestora wynagrodzenia z tytułu wykonanych na rzecz generalnego wykonawcy robót budowlanych na podstawie art. 647¹ k.c.

Przepis ten stanowi w § 2, iż 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. Zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

Poza sporem był fakt zawarcia umowy między powodem a generalnym wykonawcą –, której przedmiotem było powierzenie powodowi do realizacji części zadań budowlanych, a mianowicie wykonanie odwiertu studni głębinowej, zaślepienie ww. odwiertu, pompowanie próbne oraz sporządzenie dokumentacji powykonawczej. Interwenient uboczny zaprzeczył, jakoby pozwany wyraził zgodę w rozumieniu art. 647¹ § 2 k.c. na wykonywanie przez powoda jako podwykonawcy budowy studni głębinowej, jednak ostatecznie za wiążące w tej kwestii należało uznać stanowisko samej strony pozwanej, która okoliczności tej nie kwestionowała w niniejszym postępowaniu.

Odwołując się do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 2 września 2008 r. (III CZP 6/08 opubl. OSNC 2008/11/121) Sąd Okręgowy stwierdził, że zgoda inwestora na umowę między wykonawcą a podwykonawcą może być wyrażona w dowolny sposób dostatecznie ją ujawniający. Ponadto zgody ta może być wyrażona w sposób wyraźny ustny lub pisemny, czynny dorozumiany i bierny

Dalej Sąd Okręgowy wskazał, że w rozpoznawanej sprawie zgoda taka była wyrażona przez inwestora w sposób dorozumiany i bierny, co wynika zresztą z pisma z dnia 23 kwietnia 2013 r., którym powód zgłosił pozwanej rozpoczęcie robót geologicznych związanych z wykonywaniem otworu eksploatacyjnego nr V na terenie miejskiego ujęcia wód podziemnych w D.. Roboty były na bieżąco monitorowane przez J. S., który pełnił nadzór nad pracami ze strony pozwanej. Dlatego w ocenie Sądu a quo zarzut interwenienta ubocznego o braku zgody inwestora na zlecenie przez generalnego wykonawcę prac powodowi jako podwykonawcy jest chybiony.

Pozwana ponosi odpowiedzialność solidarną wobec powoda na podstawie art. 647¹ § 5 k.c., jednak tylko co do części roszczenia. Jego odpowiedzialność jest bowiem z innego tytułu niż generalnego wykonawcy, albowiem odpowiada jako faktyczny, a zarazem jedyny recypient świadczenia podwykonawcy, z którym nie jest jednak związany stosunkiem umownym, lecz węzłem obligacyjnym o innym charakterze. W judykaturze ugruntowało się przeważające stanowisko, że inwestor odpowiada wobec podwykonawcy jak za dług cudzy. W dalszej kolejności Sąd Okręgowy wskazał, że zapisy umowy łączącej powoda z interwenientem ubocznym nie były rozumiane w sposób identyczny, co dotyczy przed wszystkim § 3 ust. 9. Wpływa to bezpośrednio na ocenę obowiązków stron umowy, a w dalszej kolejności na ocenę zasadności naliczonej przez generalnego wykonawcę kary umownej.

Według powoda, zapis ten dawał podstawy do przyjęcia, że to na generalnym wykonawcy spoczywał obowiązek doprowadzenia energii elektrycznej na teren budowy. Niespełnienie tego obowiązku przez generalnego wykonawcę w ocenie powoda doprowadziło do opóźnienia jego prac i zwalniało w konsekwencji z zobowiązania dotyczącego zapłaty naliczonych przez generalnego wykonawcę kar umownych. Pozwana oraz interwenient boczny natomiast twierdzili, iż interwenient uboczny nie był zobowiązany do zapewnienia powodowi energii elektrycznej, który winien był ją zapewnić własnym staraniem lub używać urządzeń spalinowych.

Mając na uwadze wypracowane przez judykaturę kryteria dokonywania wykładni oświadczeń woli Sąd pierwszej instancji uwzględnił literalną treść umowy, a następnie ocenił odmiennie stanowiska stron w tym zakresie. W § 3 umowy oznaczonym wprost jako obowiązki podwykonawcy strony wskazały, iż powód jako podwykonawca będzie ponosić koszty mające charakter eksploatacyjny, w tym: opłaty za wywóz śmieci, kosztów powstałych w przypadku korzystania z zaplecza socjalno-biurowego i magazynowego wykonawcy, korzystania ze środków transportu i innych urządzeń placu budowy, kosztów ochrony placu budowy, kosztów związanych z energią, wodą i odprowadzaniem ścieków proporcjonalnie do ich zużycia. Koszty z powyższego tytułu miały być rozliczane na podstawie faktury VAT wystawianej przez Wykonawcę po zakończeniu robót.

Zapis, iż w gestii powoda leżało ponoszenie tych kosztów oznacza zdaniem Sądu Okręgowego, iż powód miał partycypować w nich tylko w przypadku ich faktycznego powstania, o czym świadczy treść kolejnego zdania odnosząca się do wzajemnych rozliczeń stron dokonywanych za pomocą faktury VAT, wystawianej przez generalnego wykonawcę. A zatem w przypadku, gdy koszty takie nie powstałyby po stronie interwenienta ubocznego, powód nie był zobowiązany do ich zwrotu. W ocenie Sądu Okręgowego, zapis ten nie stanowi o obowiązku interwenienta ubocznego, skoro określone obowiązki wynikające z tej umowy wprost dotyczyły podwykonawcy, a wprost zapisu w przedmiocie dostawy energii elektrycznej w umowie nie zawarto. Powód przyznał ponadto na rozprawie, że wskazane w § 3 ust. 3 umowy koszty ponosił samodzielnie, nie korzystał bowiem ani z zaplecza socjalno-biurowego i magazynowego wykonawcy. Jego zdaniem generalny wykonawca nie miał obowiązku również zapewnić ochrony placu budowy, ani wywozu śmieci i odprowadzania ścieków, z uwagi na to, że wszystkie te udogodnienia powód zapewniał sobie sam.

Te okoliczności, zdaniem Sądu Okręgowego, jednoznacznie świadczą o tym, że w umowie nie określono zgodnie z oczekiwaniem powoda obowiązków generalnego Wykonawcy, lecz obowiązki samego powoda. Za istotną okoliczność Sąd a quo uznał także określenie samego wynagrodzenia należnego podwykonawcy, które zostało oznaczone jako ryczałt, przy założeniu, że obejmuje on wszelkie koszty związane z realizacją umowy,

Powód w sposób odmienny zaczął interpretować treść umowy najwcześniej w chwili, kiedy już w trakcie wykonywania umowy uzyskał wiedzę co do kosztów przyłączenia energii elektrycznej i czasu jego realizacji. Działania powoda w kontekście zapisów całego § 3 umowy stanowią próbę jej zmiany, która wobec postanowień stron o pisemnej formie ad solemnitatem, jest nieważna.

W konsekwencji brak było podstaw do uwzględnienia stanowiska powoda o wystąpieniu przesłanki wyłączającej jego winę w oddaniu przedmiotu umowy z opóźnieniem, z uwagi na nienależyte wykonywanie zobowiązań umownych przez interwenienta ubocznego.

Na pozwanej ciążył obowiązek wykazania okoliczności uzasadniających słusność naliczania przez interwenienta ubocznego kary umownej, przy czym pozwanej nie obciążał obowiązek udowodnienia szkody.

Natomiast powód powinien wykazywać, że okoliczności uzasadniające naliczenie kary umownej nie nastąpiły.

W § 10 ust. 3 lit c) umowy jej strony wyraźnie przewidziały obowiązek zapłaty kary umownej nie na wypadek "zwłoki", lecz "opóźnienia". Powód mógł zatem zwolnić się z odpowiedzialności dowodząc, że jego zaniechania wyniknęły z przyczyn przez niego niezawinionych, jednak zdaniem Sądu Okręgowego z materiału dowodowego wynikało, że powstałe po dniu 25 lipca 2013 r. opóźnienie było następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosił powód. Z pisma generalnego wykonawcy z dnia 23 sierpnia 2013 r. wynika, że powodowi zwracano uwagę na zbyt powolny postęp prac, co potwierdzili świadkowie W. D., J. S. i D. Z.. Wszyscy świadkowie zeznali, że powód nie podjął się wykonywania prac z udziałem agregatu z uwagi na wysokie koszty, godząc się na upływ czasu konieczny na dokonanie przyłącza przez zakład energetyczny.

Powód miał świadomość co do długiego czasu oczekiwania na dokonanie przyłącza prądu budowlanego, jednak poza nieskuteczną próbą zawarcia z generalnym wykonawcą aneksu nie podjął żadnych działań celem dotrzymania umownego terminu realizacji zadania, Przy tym okoliczności związane z brakiem uzbrojenia terenu były znane powodowi już na etapie zawierania kontraktu, o czym świadczy akceptacja warunków kontraktu i dokumentacji projektowej, a także zeznania świadka A. C..

Wystąpiły nadto inne okoliczności dodatkowe, które miały bezpośredni wpływ na wolne tempo pracy powoda - zła organizacja pracy, niedobór pracowników oraz brak wyników z pompowania próbnego, co leżało zgodnie z umową w zakresie obowiązków powoda i skutkowało wstrzymaniem możliwości wystąpienia o pozwolenie na budowę studni głębinowej. Świadczy o tym bezpośrednio treść korespondencji prowadzonej pomiędzy stronami, gdzie generalny wykonawca wprost informował powoda o słabym postępie prac budowlanych z tej właśnie przyczyny /

W konsekwencji wystąpiły podstawy do naliczenia przez generalnego wykonawcę kary umownej z tytułu opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy w oparciu o treść § 10 pkt.3 lit c) ww. umowy. Generalny wykonawca złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością powoda o zapłatę wynagrodzenia jeszcze przed wszczęciem postępowania w niniejszej sprawie - pismo z dnia 9 grudnia 2013 r., Oświadczenie o potrąceniu jednoznacznie precyzuje wolę potrącenia, a w swej treści generalny wykonawca konkretyzuje własną wierzytelność i jej zakres przedstawiony do potrącenia z wierzytelnością powoda, wskazując również przesłanki jej powstania.

Warunkiem dokonania potrącenia jest złożenie oświadczenia woli drugiej stronie i staje się ono skuteczne z chwilą, gdy doszło do wierzyciela wzajemnego w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią (art. 61 k.c.).

Interwenient uboczny naliczył karę umowną w wysokości 138.000,00 zł, uwzględniając 115 dni zwłoki za okres od dnia 26 lipca 2013 r. do dnia 18 listopada 2013 r., a zatem do dnia dokonania odbioru. Biorąc pod uwagę treść § 10 pkt. 3 lit. c) umowy, należało uwzględnić iloczyn 0,5% wartości wynagrodzenia ryczałtowego czyli kwoty 240.000,00 zł za każdy dzień zwłoki aż do dnia 18 listopada 2013 r. (115 dni), co daje łącznie kwotę 138.000 zł.

Oświadczenie o potrąceniu zostało powodowi wysłane na adresy, którymi posługiwał się w kontaktach z generalnym wykonawcą. Świadkowie zeznali, że powód na spotkaniach w sprawie zapłaty poruszał kwestie złożonego mu oświadczenia o potrąceniu roszczenia interwenientki ubocznej z tytułu kar umownych.

W związku z tym Sąd Okręgowy oddalił powództwo na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. a contrario w związku z art. 498 §1 i § 2 k.c.

O kosztach Sąd orzekł na mocy art. 98 § 1 i 3 k.p.c., art. 108 k.p.c. oraz 109 k.p.c., Koszty te stanowiły w głównej mierze koszty zastępstwa procesowego ustalone w oparciu o przepisy § 2 ust. 1 i 2 oraz § 6 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia

przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. z 2013 r., poz. ze zm.) w stosunku do pozwanego, a także na podstawie Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. z 2013 r. poz. 461 ze zm.) w stosunku do interwenienta ubocznego, zasądzając także koszty opłat skarbowych za udzielone pełnomocnictwa. Sąd uwzględnił również koszt opłaty od wniesionej interwencji ubocznej w wysokości 1.380 zł orzekając o obowiązku jego zwrotu przez powoda jako koszt niezbędny do celowego dochodzenia praw przez interwenienta ubocznego.

Apelację od tego wyroku wniósł powód zaskarżając go w całości i zarzucając mu:

1. naruszenie prawa materialnego – art. 498 k.c. w związku z art. 544 k.c. wskutek wadliwej wykładni i uznanie, że generalny wykonawca dokonał skutecznego potrącenia swoje wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością powoda dochodzoną w niniejszym postępowaniu, w sytuacji, w której nota księgową z dnia 9 grudnia 2013 r. oraz oświadczenie o potrąceniu z tej samej daty nie zostały powodowi doręczone, a zatem ewentualna wierzytelność generalnego wykonawcy nie stała się wymagalna i nie dawała się do potrącenia, niezależnie od bezskuteczności tego oświadczenia, które nie dotarło do adresata z uwagi na wadliwe skierowanie przesyłki;
2. naruszenie prawa materialnego – art. 65 § 2 k.c. wskutek wadliwej wykładni poprzez dokonanie wykładni § 3 ust. 9 umowy pomiędzy powodem a generalnym wykonawcą wbrew jego językowej wykładni oraz okolicznościom sprawy;
3. naruszenie prawa materialnego - art. 483 k.c. w związku z art. 484 § 2 k.c. i art. 5 k.c. wskutek ich niezastosowania w sytuacji, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana i stanowi 63,3% należnego powodowi wynagrodzenia, a inwestor zapłacił generalnemu wykonawcy pełne wynagrodzenie, nie obciążając go karami umownymi;
4. naruszenie prawa materialnego – art. 5 k.c. wskutek jego niezastosowania z uwagi na nieuwzględnienie okoliczności, iż generalny wykonawca nie zgodził się na podpisanie z powodem aneksu do umowy co do zmiany terminu wykonania umowy, podczas gdy generalny wykonawca takie wydłużenie terminu uzyskał od inwestora;
5. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. wskutek przekroczenia zasad swobodnej oceny dowodów i braku wszechstronnej oceny materiału dowodowego i dokonanie ustaleń sprzecznych z zasadami logiki i prawidłowego rozumowania co do zeznań świadka D. Z. i W. D. co do okoliczności związanych z obowiązkiem dostarczania energii elektrycznej na budowę oraz potrącenia wierzytelności, zeznań świadka A. C. który wyjaśnił precyzyjnie przyczyny opóźnienia, oraz oceny noty księgowej i oświadczenia o potrąceniu z dnia 9 grudnia 2013 r., które zostały wysłane na wadliwy adres;
6. naruszenie art. 227 k.p.c. wskutek nieuwzględnienia wniosku dowodowego z pisma procesowego powoda z dnia 20 lutego 2015 r. i brak rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku o zobowiązanie pozwanej do przedłożenia umowy na roboty budowlane zawartej z interwenientem ubocznym na okoliczność ustalenia, jakie zobowiązania co do zapewnienia energii elektrycznej mał generalny wykonawca;
7. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez przyjęcie, że interwenient uboczny nie mał obowiązku zapewnienia powodowi energii elektrycznej do wykonania prac objętych umową oraz ustalenie, że generalny wykonawca wystąpił do przedsiębiorstwa energetycznego o wykonanie przyłącza energii elektrycznej, a w początkowej fazie własnych robót korzystał przyłącza energii powoda;
8. naruszenie art. 308 k.p.c. poprzez oparcie istotnych ustaleń Sądu na kserokopiach dokumentów nie poświadczonych za zgodność z oryginałem.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący domagał się zmiany wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości, zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Wniósł także o zobowiązanie pozwanej do złożenia do akt umowy o roboty budowlane dotyczącej wybudowania nowego ujęcia wody, stacji uzdatniania wody oraz odcinka sieci wodociągowej, zawartej z interwenientem ubocznym.

Pozwana i interwenient uboczny wnieśli o oddalenie apelacji i zasądzenie na ich rzecz od powoda kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja w swej zasadniczej części okazała się zasadna, co skutkowało zmianą zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa co do należności głównej oraz częściowo co do odsetek za opóźnienie.

Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne te ustalenia faktyczne, które odnoszą się do chronologii wydarzeń, to jest zawarcia umowy przez powoda i interwenienta ubocznego w dniu 25 marca 2012 r., terminu rozpoczęcia i zakończenia robót przez powoda, wysłania do powoda oświadczenia o potrąceniu oraz o wyrażeniu zgody przez pozwaną jako inwestora na zawarcie przez interwenienta ubocznego (wykonawcę) umowy z powodem jako podwykonawcą. Nie podziela natomiast Sąd Odwoławczy tej części ustaleń, która odnosi się do skuteczności oświadczenia o potrąceniu wierzytelności powoda o zapłatę wynagrodzenia z wierzytelnością B. D. z tytułu kary umownej.

Za najdalej idący zarzut skutkujący odmienną oceną prawną ustalonego stanu faktycznego Sąd Apelacyjny uznaje zarzut naruszenia art. 498 k.c. i przychyliła się do stanowiska skarżącego, iż w dacie składania oświadczenia o potrąceniu wierzytelność ta nie była wymagalna, nie została bowiem poprzedzona wezwaniem do zapłaty określonej kwoty z tytułu kary umownej.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego jednolicie przyjmuje, iż w świetle art. 498 k.c. wystarczającym jest, aby wymagalna była tylko wierzytelność potrącającego – w tym wypadku bożeny D. (por. wyrok z dnia 3 kwietnia 2014 r., V CSK 242/13, LEX nr 1467141, z dnia 21 stycznia 2004 r., IVCK 362/02, nie publ.) Należy przyznać rację skarżącemu, iż z uwagi na bezterminowy charakter wierzytelności z tytułu kary umownej, dla jej wymagalności konieczne byłoby wezwanie przez wierzyciela dłużnika do spełnienia świadczenia, który dopiero od tego momentu zobowiązany byłby do spełnienia świadczenia niezwłocznie, o czym stanowi art. 455 k.c. Pogląd taki wyraził Sąd Najwyższy również w uchwale z dnia 5 listopada 2014 r. (III CZP 76/14, OSNC 2015/7-8/86) dotyczącej wymagalności wierzytelności z tytułu kary umownej stwierdzając, że skoro zgodnie z art. 455 k.c., dłużnik zobowiązania bezterminowego powinien spełnić świadczenie niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela do wykonania zobowiązania, to po dojściu do wiadomości dłużnika wezwania wierzyciela o spełnienie świadczenia, ma on obowiązek spełnienia tego świadczenia i powinien to uczynić niezwłocznie, ale nie natychmiast. Co do pojęcia „niezwłoczności”, to powinna być ustalana w zależności od okoliczności sprawy, gdyż chodzi o taki czas, jaki jest niezbędny do spełnienia świadczenia, przy założeniu, że dłużnik działałby, uwzględniając całokształt okoliczności rzutujących na wykonanie zobowiązania, bez nieuzasadnionej zwłoki. Dopiero więc upływ okresu "niezwłoczności" powoduje, że roszczenie wynikające ze zobowiązania bezterminowego staje się wymagalne.

Podsumowując swoje rozważania Sąd Najwyższy stwierdził, że potrącenie jest sposobem wykonania zobowiązania połączonym z zaspokojeniem wierzyciela; stanowi surogat rzeczywistego spełnienia świadczenia, przy czym pełni nie tylko funkcję zapłaty, ale i funkcję egzekucji. Potrzeba jednakowego rozumienia wymagalności wskazuje, że również przy badaniu, czy potrącana wierzytelność jest wymagalna, stan ten należy ustalać we wskazany sposób. Nie ma dostatecznych podstaw do przyjęcia, że przy potrąceniu, do uznania wierzytelności za wymagalną, wystarczy tylko wezwanie wierzyciela do spełnienia świadczenia.

Pogląd powyższy Sąd Najwyższy powtórzył także w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 grudnia 2015 r., IV CSK 141/15 niepubl. uznając, iż zastosowanie swoistego skrótu prawnego polegającego na traktowaniu oświadczenia o potrąceniu także jako wezwania do zapłaty jest niedopuszczalne, gdyż przedstawienie wierzytelności do potrącenia, bez wcześniejszego wezwania do zapłaty, jest prawnie nieskuteczne.

Odnosząc powyższe poglądy do okoliczności rozpoznawanej sprawy Sąd Apelacyjny wskazuje, że przed skierowaniem do powoda oświadczenia z dnia 9 grudnia 2013 r. B. D. nie kierowała do niego żadnych wezwań do zapłaty kwoty 138.000 zł z tytułu kary umownej, a nota księgową nr (...) stanowiła załącznik do pisma z dnia 9 grudnia 2013 r. i nie była doręczona powodowi odrębnym pismem.

W konsekwencji, nawet gdyby podzielić stanowisko Sądu a quo, iż pismo z dnia 9 grudnia 2013 r. wraz z notą księgową zostało powodowi skutecznie doręczone przed wszczęciem procesu, to i tak oświadczenie o potrąceniu nie odniosłoby żadnego skutku, gdyż nie było poprzedzone wezwaniem do zapłaty pozwalającym postawić wierzytelność B. D. z tytułu kary umownej w stan wymagalności.

Ubocznie w tym miejscu należy stwierdzić - odnosząc się do zarzutu apelacji dotyczącego naruszenia art. 308 k.p.c. - iż Sąd Okręgowy formułując tezę o doręczeniu powodowi oświadczenia o potrąceniu, bezpodstawnie uznał za „inne środki dowodowe” w rozumieniu tego przepisu wydruki przedstawione przez pozwaną i interwenienta ubocznego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2007 r. IV CSK 401/06, LEX nr 453727, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 3 stycznia 2016 r., I ACa 1035/15, LEX nr 2012826) . Wprawdzie ostatecznie Sąd a quo przyjął, że także zeznania świadków D. Z. oraz W. D. dają podstawy do przyjęcia iż nastąpiło doręczenie powodowi oświadczenia o potrąceniu, to jednak samo tylko doręczenie pisma datowanego na 9 grudnia 2013 r. , z przyczyn szeroko omówionych wyżej, nie jest wystarczające do przyjęcia, że wierzytelność z tytułu kary umowne była wymagalna.

Zauważyć należy, że w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji, interwenient uboczny podjął próbę doręczenia powodowi wezwania do zapłaty kwoty 138.000 zł datowanego na dzień 5 grudnia 2014 r. (k. 146) oraz następnie – oświadczenia o potrąceniu tej kwoty tym razem datowanego na dzień 13 grudnia 2014 r. (k. 150). Interwenient uboczny dołączył także kserokopie kopert, w których zostały nadane pisma, i kserokopie kart książki nadawczej. Nie są one jednak poświadczane za zgodność oryginałem, co w takim wypadku nie pozwala na uznanie ich za dowód istnienia oryginału o treści i formie odwzorowanej w kopii a dalszą konsekwencją nieposiadania przez takie kopie cech dokumentu jest brak podstaw do łączenia z nimi domniemań, z jakich korzysta dokument urzędowy -art. 244 § 1 k.p.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2009 r., II CSK 49/09, LEX nr 578039).

Na marginesie dodać należy, że z pisma procesowego interwenienta z dnia 28 stycznia 2015 r. wynika, że przesyłka zawierająca datowane na 5 grudnia 2014 r. wezwanie powoda do zapłaty (a zatem kluczowe dla postawienia wierzytelności o zapłatę kary umownej w stan wymagalności) opatrzona została numerem (...) . Dalej – przesyłka ta została wysłana na adres ul. (...) w J., gdy tymczasem adres, na który zgodnie z umową należało doręczać powodowi korespondencję, to ul. (...). Uwaga ta ma jednak charakter uboczny, gdyż podstawowym argumentem nie pozwalającym uznać za wykazane twierdzeń interwenienta o postawieniu wierzytelności w stan wymagalności, jest brak dokumentów w rozumieniu art. 244 § 1 k.p.c. potwierdzających to stanowisko. Powód natomiast zaprzeczył, by pismo takowe zostało mu skutecznie doręczone (załącznik do protokołu rozprawy z dnia 24 czerwca 2015 r.). W konsekwencji można zasadnie przyjąć, że oświadczenie o potrąceniu nie wywarło żadnych skutków, a powodowi przysługuje prawo do domagania się całej należności objętej fakturą VAT nr (...), bez pomniejszanie jej o kwotę 138.000 zł. Z tego względu nie ma potrzeby odnoszenia się do pozostałych zarzutów apelacji, zmierzających do zakwestionowania stanowiska Sądu meriti w przedmiocie podstaw do dokonania potrącenia , to jest przyczyn opóźnienia powoda w zakończeniu robót i łączącej się z tym kwestii zaopatrzenia placu budowy w energię elektryczną oraz związanego z tym zarzutem naruszenia art. 65 k.c. Nawet bowiem podzielając stanowisko Sądu Okręgowego w powyższej kwestii, Sąd Odwoławczy, w świetle przytoczonych wyżej poglądów orzecznictwa, nie jest w stanie odeprzeć zarzutu apelacji kwestionującego wymagalność wierzytelności interwenienta ubocznego o zapłatę kwoty 138.000 zł z tytułu kary umownej .

Z tego też względu nie było potrzeby uzupełniania postępowania dowodowego przez Sądem Odwoławczym, w kierunku wskazanym w apelacji powoda.

Jednakże samo tylko stwierdzenie o braku wymagalności wierzytelności o zapłatę kary umownej nie przesądza jeszcze o skuteczności apelacji i zasadności powództwa wobec pozwanej, która - co bezsporne - była inwestorem w zakresie

kontraktu realizowanego przez B. D.. Bezsporne jest również, że przy realizacji tego kontraktu powód występował jako podwykonawca.

Zgodnie z art. 641⁷ § 5 k.c., zawierający umowę o roboty budowlane z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, przy czym ta solidarna odpowiedzialność wchodzić będzie w grę w przypadku uprzedniego wyrażenia zgody przez inwestora na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą oraz w przypadku przedstawienia mu dokumentacji dotyczącej wykonania robót (art. 647¹ § 2 k.c.)

Aktualna linia orzecznicza wytycza liberalny kierunek wykładni art. 647¹ § 2 k.c., zmierzający do ochrony interesów podwykonawców i zagwarantowania im zapłaty wynagrodzenia. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r. (sygn. akt II CSK 152/10, Lex nr 1102865), inwestor może wyrażać zgodę na wykonanie określonych robót przez podwykonawcę w sposób wyraźny pisemnie bądź ustnie, albo poprzez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę (art. 60 k.c.). Tytułem przykładu Sąd Najwyższy wskazał takie czynności jak tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót, oraz dokonywanie podobnych czynności. Stanowisko takie Sąd Najwyższy zajmował również we wcześniej zapadłych orzeczeniach, między innymi w uchwale 7 sędziów z dnia 29 kwietnia 2008 r. (sygn. akt III CZP 6/o8, OSNC 2008/11/121).

Jednocześnie Sąd Najwyższy podkreślił, że dorozumiana zgoda inwestora na zawarcie umowy wykonawcy i podwykonawcy (art. 647¹ § 2 zdanie pierwsze k.c.) wyrażona w sposób czynny jest skuteczna, gdy dotyczy 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. Jednakże nie jest konieczne przedstawienie inwestorowi przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji - wystarczy, gdy inwestor uzyska informacje o osobie podwykonawcy oraz treści umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. (wyrok z dnia 6 października 2010 r., II CSK 210/10, OSNC 2011/5/59, wyrok z dnia 26 czerwca 2008 r., II CSK 80/o8, LEX nr 479372).

W rozpoznawanej sprawie Sąd pierwszej instancji przyjął, że zgoda Gminy jako inwestora została wyrażona w sposób dorozumiany i bierny, czego dowodzi pismo pozwanej z dnia 12 kwietnia 2013 r., a także fakt monitorowania robót wykonywanych między innymi przez powoda przez J. S. nadzorującego te prace ze strony Gminy. W konsekwencji Sąd pierwszej instancji słusznie uznał zarzuty interwenienta ubocznego o braku rzekomej zgody inwestora na powierzenie części prac powodowi jako podwykonawcy - za chybione.

Dodatkowo Sąd Apelacyjny wskazuje, mając na uwadze wywody interwenienta ubocznego dotyczące braku kontrasygnaty skarbnika Gminy, że zgodnie z art. 46. ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. 2016 r., po.z 446), oświadczenie woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem składa jednoosobowo wójt albo działający na podstawie jego upoważnienia zastępca wójta samodzielnie albo wraz z inną upoważnioną przez wójta osobą.

Jednakże z orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, że kontrasygnata skarbnika gminy nie stanowi oświadczenia woli, gdyż takie oświadczenie w imieniu gminy składa jednoosobowo wójt lub upoważnione przez niego osoby. Kontrasygnata stanowi oświadczenie wiedzy skarbnika co do stanu planu finansowego gminy (budżetu) i jest narzędziem dyscypliny budżetowej. Brak jej nie powoduje zatem nieważności oświadczenia woli, chyba że ustawa taką sankcją wyraźnie przewiduje, jak to ma miejsce w przypadku czynności prawnych wymienionych w art. 262 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, ale jedynie jej nieskuteczność (...) skutkiem braku kontrasygnaty skarbnika nie jest stan bezskuteczności zawieszony, o jakiej mowa w art. 63 k.c. (...) przeciwko takiej kwalifikacji przemawia nie tylko to, że skarbnik nie jest organem gminy, a tym bardziej organem osoby trzeciej, od zgody której uzależniona jest skuteczność złożonego przez stronę oświadczenia woli, ale przede wszystkim to, że organ gminy, czyli wójt może na podstawie art. 46 ust. 4 u.s.g. wymusić złożenie kontrasygnaty przez skarbnika (uzasadnienie

wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2014 r., II CSK 28/14, LEX nr 1567463). W konsekwencji Sąd Najwyższy przyjmuje, że nie można zaakceptować stanowiska, że udzielenia kontrasygnaty przez skarbnika gminy nie da się przyjmować w sposób dorozumiany, a fakt częściowego wykonania umowy przez gminę nie sanuje jej bezskuteczności.

Wprawdzie w rozpoznawanej sprawie nie nastąpiło nawet częściowe spełnienie świadczenia przez pozwaną, nie sposób jednak pominąć, że pozwana w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji nie negowała zaistnienia przesłanek jej solidarnej wraz z wykonawcą odpowiedzialności wobec podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia, w tym także wyrażenia na powyższe zgody przez skarbnika. Jedyną przyczyną, dla której pozwana domagała się oddalenia powództwa, było wedle jej twierdzeń wzajemne umorzenie wierzytelności powoda i interwenienta ubocznego, wskutek ich potrącenia. W świetle przytoczonych wyżej poglądów Sądu Najwyższego można zatem przyjąć, że zgoda takowa, nawet jeśli nie została wyrażona wprost, to została wyrażona w sposób dorozumiany, o czym świadczy chociażby fakt, że pozwana otrzymując wezwania do zapłaty od powoda, podjęła działania celem merytorycznego załatwienia sprawy nie wskazując w żaden sposób na uprzednie uchybienia wymogom z art. 46 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym (korespondencja z dnia 28 lutego 2014 r. i z dnia 27 lutego 2014 r. załączona do sprzeciwu od nakazu zapłaty).

W konsekwencji spełnione są przesłanki do przyjęcia solidarnej odpowiedzialności pozwanej za zapłatę wynagrodzenia określonego fakturą z dnia 16 października 2013 r. nr 10/2013 r., jednakże nie ma podstaw do uwzględnienia żądania także w zakresie odsetek, których powód domagał się już od dnia 2 listopada 2013 r., zapewne mając na uwadze 7 dniowy termin płatności liczony od dnia wpływu faktury do siedziby wykonawcy (§ 5 ust. 3 umowy z dnia 25 marca 2012 r.).

Należy jednak uwzględnić, że inwestor odpowiada wobec podwykonawcy jak za dług cudzy, a jego solidarna odpowiedzialność wraz z wykonawcą nie obejmuje opóźnienia w zapłacie wynagrodzenia, w jakie popadł wykonawca. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 września 2012 r. (IV CSK 91/12, LEX nr 127509), wykładnia gramatyczna art. 647¹ § 5 k.c. przemawia za ograniczeniem odpowiedzialności inwestora wyłącznie do wynagrodzenia - należności głównej.

Inwestor zatem nie odpowiada za skutki opóźnienia wykonawcy z zapłatą wynagrodzenia podwykonawcy, ale jedynie za swe własne opóźnienie, które ma miejsce po wezwaniu go przez podwykonawcę do zapłaty wynagrodzenia (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 30 czerwca 2015 r., I ACa 348/15 LEX nr 1770699, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 31 grudnia 2015 r., I ACa 851/15, LEX nr 1956870).

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny zmieniając zaskarżony wyrok uwzględnił powództwo co do należności głównej, a co do odsetek za opóźnienie przyjął, że od pozwanej powód może domagać się ich dopiero po wezwaniu jej do zapłaty, co nastąpiło pismem z dnia 14 lutego 2014 r. (k. 20-21). Uwzględniając obrót pocztowy i mając na uwadze treść art. 455 k.c. Sąd Odwoławczy uznał, że Gmina winna spełnić świadczenie najpóźniej w dniu 21 lutego 2014 r., zatem w opóźnienie za spełnienie swojego świadczenia popadła w dniu następnym, co skutkowało zasądzeniem odsetek od dnia 22 lutego 2014 r.

Sposób zasądzenia odsetek uwzględnia zmiany w stanie prawnym obowiązujące od dnia 1 stycznia 2016 r., kiedy to weszła w życie nowelizacja kodeksu cywilnego dokonana ustawą z dnia 9 października 2015 r. o (Dz. U. z 2015 r, poz. 1830), wprowadzająca w art. 481 §1 k.c. określony sposób ustalenia stopy odsetek ustawowych za opóźnienie.

W świetle powyższych wywodów skutkujących zmianą zaskarżonego wyroku, traci na znaczeniu argumentacja apelacji dotycząca rażącego wygórowania kary umownej oraz naruszenia zasad współżycia społecznego z uwagi na niepodpisanie z powodem aneksu wydłużającego termin realizacji robót, oraz argumentacja dotycząca nieuwzględnienia wniosków dowodowych powoda. Z tej przyczyny nie zatem potrzeby odnoszenia się do zarzutów naruszenia art. 227 k.p.c., art. 5 k.c. i art. 483 k.c. w związku z art. 484 § 2 k.c.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny na mocy art. 386 § 1 k.p.c. orzekł jak punkcie pierwszym wyroku, zasądzając ponadto na rzecz powoda koszty postępowania przed Sądem pierwszej instancji, oraz uchylając rozstrzygnięcie w

przedmiocie zwrotu przez powoda na rzecz interwenienta ubocznego kosztów postępowania. O częściowym oddaleniu apelacji Sąd Apelacyjny orzekł na mocy art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł na mocy art. 98 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c. , a składają się na nie koszty zastępstwa procesowego ustalone na podstawie § 6 pkt 6 w związku 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 (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 490 ze zm.). O nieuiszczonych kosztach sądowych, od których powód był zwolniony, Sąd orzekł na mocy art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1025 ze zm.).

SSO Leszek Jantowski SSA Dorota Gierczak SSA Małgorzata Zwierzyńska