

Sygn. akt VI GC 304/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 marca 2016 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Anna Harmata

**Protokolant: Małgorzata Florek**

po rozpoznaniu w dniu 2 marca 2016 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: J. P. zam. D.

przeciwko: (...) (...) w N., Gminie Ż.

o zapłatę

1. zasądza od pozwanych (...) PL (...) z o.o. w N. i Gminy Ż. solidarnie na rzecz powoda J. P. zam. D. kwotę 191 695,54 zł (słownie: sto dziewięćdziesiąt jeden tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt pięć złotych 54/100) z ustawowymi odsetkami od dnia 21.08.2015r. do dnia zapłaty,
2. oddala powództwo w pozostałej części,
3. zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 15.574,26 zł (słownie: piętnaście tysięcy pięćset siedemdziesiąt cztery złote 26/100) tytułem kosztów procesu.

sygn. akt VI GC 304/15

## UZASADNIENIE

wyroku z dnia 16 marca 2016 r.

Pozwem w sprawie powód J. P. wniósł przeciwko (...) .PL sp. o.o. i Gminie Ż. o zapłatę solidarnie kwoty 203 218,04 zł. wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 21 sierpnia 2015 r. do dnia zapłaty i kosztami postępowania.

Na uzasadnienie wskazał, że w dniu 11 maja 2015 r. zawarł z (...) (...) jako wykonawcą umowę o roboty budowlane w zadaniu inwestycyjnym pn. (...) w Ż.". Gmina Ż. wyraziła zgodę na wykonanie prac przez powoda, nie zgłaszając po otrzymaniu zgłoszenia ani sprzeciwu, ani zastrzeżeń. Powód wykonał zlecone roboty i wystawił faktury VAT nr (...) na kwotę 123 000 zł. i nr (...) na kwotę 86 503,13 zł., tytułem wynagrodzenia, obie z terminem płatności na dzień 20 sierpnia 2015r., wg umowy (...) dni od daty doręczenia faktury końcowej do pozwanego. Wykonawca odebrał roboty protokołami odbioru i nie uregulował należności, pomimo wezwania do zapłaty. Po pomniejszeniu z tytułu kaucji gwarancyjnej należnego wynagrodzenia do zapłaty pozostaje kwota 203 218,04 zł.

Odnośnie pozwanej Gminy Ż. powód wskazał, że ta odpowiada solidarnie jako inwestor, zapłaciła za inny etap wykonywanych robót objętych fakturą nr (...), nadto pisemnie uznała swoją solidarną odpowiedzialność w piśmie z dnia 3 września 2015 r. oraz podjęła działania odnośnie wykonawcy i uregulowania zobowiązania.

W odpowiedzi na pozew z dnia 3 listopada 2015 r. pozwany (...) (...)wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów postępowania. Pozwany podniósł zarzut potrącenia kary umownej z tytułu opóźnienia w wykonaniu umowy, w wysokości 18 855 zł. naliczonej za 18 dni zwłoki z należnością powoda objętą fakturą VAT nr (...) . Wskazał, że termin zakończenia robót był to 12 czerwca 2015 r., roboty zostały zrealizowane w dniu 30 czerwca 2015 r. , zgodnie z postanowieniami umowy nie było koniecznym wezwanie do zapłaty kar umownych.

W odpowiedzi na pozew z dnia 2 listopada 2015 r. pozwana Gmina Ż. wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów postępowania. Zaprzeczyła zgodzie na podwykonawstwo w zakresie prac brukarskich, podała , iż odmówiła wyrażenia takiej zgody, skoro po wezwaniu N.(...) do przedłożenia projektu umowy z podwykonawcą, projektu tego w/w nie przedłożył. W takiej sytuacji inwestor nie miał obowiązku zgłaszania sprzeciwu czy zastrzeżenia, nadto w piśmie z dnia 14 maja 2015 r. oświadczyła, iż nie uznaje wobec powyższego podwykonawcy jako zgłoszonego. Pozwana gmina zapłaciła na rzecz powoda wyłącznie należność za zakres robót, co do którego zaakceptowała powoda jako podwykonawcę, wobec jego prawidłowego zgłoszenia w tym charakterze i w tym zakresie. Nadto gmina nie otrzymała projektu umowy o podwykonawstwo bezpośrednio od podwykonawcy wbrew obowiązkowi z art. 143b ust. 1 uPzp, a procedura zgłaszania podwykonawcy została uregulowana przepisami art. 143 a-143d uPzp, które stanowią *lex specialis* w stosunku do kodeksu cywilnego.

W piśmie procesowym daty 20 listopada 2015 r. powód wyjaśnił, że pozwany (...) (...)w zawartej z nim umowie zobowiązał się do uzyskania zgody inwestora na podwykonawstwo, po uzyskaniu takiej zgody powód przystąpił do wykonania robót, wykonując pierwszy etap w zakresie stabilizacji gruntu, za który uzyskał wynagrodzenie zapłacone przez gminę. Powód kontynuował roboty na kolejnym etapie, w tym samym składzie, posługując się urządzeniami z logo powoda. Przedstawiciele gminy sprawdzali postępy prac, nadto gmina w osobie W. O. (1) została poinformowana o warunkach umowy o podwykonawstwo , kiedy to T. P. pozostawił mu kserokopię tej umowy na wykonanie prac brukarskich, uzyskując przy tym zapewnienie o akceptacji gminy. Dalej podniósł, że do skutecznego udzielenia zgody nie jest konieczne przedstawienie inwestorowi umowy podwykonawczej i dokumentacji, wystarczające jest wiedza inwestora o treści umowy powzięta z innych źródeł, zgoda może być wyrażona przez każde zachowanie się w sposób dostateczny. Odnośnie zwłoki, powód wskazał na okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności, a to brak przygotowania frontu robót, zalania terenu budowy oraz niedostarczenie powodowi przez wykonawcę potrzebnych materiałów.

W dalszym toku sprawy strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

### ***Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:***

Pozwani Gmina Ż. jako inwestor oraz (...) (...)jako wykonawca generalny zawarły w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 1 września 2014 r. umowę nr ZP.272.6.2014, której przedmiotem było realizacja zadania pn. (...) w Ż. ” .

Strony uregulowały kwestię wykonania umowy przy udziale podwykonawców, mianowicie w § 11 zezwalając na przekazanie prac podwykonawcy przy zachowaniu zasad określonych w art. 647<sup>1</sup> kc.

W umowie wskazano obowiązki wykonawcy polegające na przedstawieniu inwestorowi projektu umowy z podwykonawcą. Brak sprzeciwu lub zastrzeżeń inwestora w przeciągu 14 dni oznaczać miał akceptację. Powyższe zasady uszczegółowiono w załączniku do umowy, wskazując m.in. na obowiązek wykonawcy zgłaszania inwestorowi do akceptacji umów o podwykonawstwo, przedłożenia projektu umowy o podwykonawstwo, poświadczonej kopi tej umowy oraz 7 dniowy termin dla zamawiającego do złożenia zastrzeżenia do projektu umowy lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo.

dowody: specyfikacja istotnych warunków zamówienia z załącznikami i modyfikacjami k. 69-117, umowa z dnia 1.09.2014 r. z załącznikami k. 118-129,

W dniu 8 maja 2015r. strony postępowania powód J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F. jako podwykonawca i pozwany (...)(...) jako generalny wykonawca zawarły umowę o roboty budowlane na zadaniu inwestycyjnym "Budowa targowiska w Ż.", której przedmiotem było kompleksowe wykonanie stabilizacji , zgodnie z dokumentacją dostarczoną przez wykonawcę.

W dniu 11 maja 2015 r. powód J. P. jako podwykonawca oraz pozwany (...) (...)jako generalny wykonawca zawarli umowę nr (...) o roboty budowlane na zadaniu inwestycyjnym (...)w Ż.", której przedmiotem było kompleksowe wykonanie prac brukarskich zgodnie z dokumentacją dostarczoną przez wykonawcę. Roboty te stanowiły następny etap na inwestycji po uprzednich robotach stabilizacyjnych,

Wykonawca zgłosił powoda jako podwykonawcę inwestorowi na jeden i drugi zakres prac, przy czym przedłożył do zgłoszenia pierwszą umowę podwykonawczą tj. dot. prac stabilizacyjnych. Gmina pismem z dnia 11 maja 2015 r. wyraziła zgodę na podwykonawstwo powoda co do prac stabilizacyjnych. W tym samym dniu pismem Gmina wezwała N. pl do uzupełnienia przedłożenia wzoru umowy o podwykonawstwo w zakresie prac brukarskich. Pismem z dnia 12 maja 2015 r. (...)(...)powiadomił inwestora, że rezygnuje z podwykonawstwa powoda w w/w zakresie. W odpowiedzi pismem z dnia 14 maja 2015r. Gmina poinformowała pozwanego, iż nie uznaje podwykonawcy za zgłoszonego.

Z tytułu wynagrodzenia za roboty stabilizacyjne powód wystawił fakturę VAT nr (...) obciążając należnością z faktury N. pl , wobec braku zapłaty przez N..pl , należność tą zapłaciła Gmina Ż..

Roboty w zakresie drugiej z umów, a to z dnia 11 maja 2015 r. nr (...) - kompleksowe wykonanie prac brukarskich stanowiły następny etap na inwestycji po uprzednich robotach stabilizacyjnych. Powód wykonywał jedne i drugie roboty właściwie jednocześnie, termin wykonania tej umowy strony określiły jako : od 14 maja do 12 czerwca 2015 r., przy czym za termin wykonania przyjęły dzień podpisania protokołu odbioru końcowego robót objętych umową bez zastrzeżeń zamawiającego i wykonawcy. Ustalając wynagrodzenie wskazały, że jego podstawą będzie obmiar powykonawczy, kwota całościowa wynosiła 176 825 zł. netto, a podstawą zapłaty faktura końcowa, płatna w terminie 30 dni od daty jej doręczenia (...)(...) Strony ustaliły w umowie, że powód zostanie zgłoszony do inwestora jako podwykonawca robót. Zamawiający zobowiązał się uzyskać zgodę inwestora na podwykonawcę w ciągu 7 dni od zgłoszenia.

dowody: umowa z dnia 11.05.2015 r. k. 7-13, faktura VAT nr (...) k. 22, dowód wpłaty k. 23, oświadczenie z dnia 12.06.2015 r. k. 151, oświadczenie powoda z dnia12.06.2015 r. k. 152, pismo (...)PL. sp. o.o. z dnia 8.05.2015 r. z załącznikami k. 153-160,pismo Gminy Ż. z dnia 11.05.2015 r. k. 161, dziennik budowy nr (...)k. 202, zeznana świadka T. P. k. 242-243,częściwozeznania świadka W. O. (1) k. 243-244, zeznania świadka J. M. k. 245, zeznania świadka A. K. k. 245-246, zeznania świadka K. B. k. 315-316, zeznania świadka K. B. k. 315-316,

Powód został poinformowany o zgłoszeniu go jako podwykonawcy w zakresie robót brukarskich, nie został natomiast poinformowany przez wykonawcę ani przez gminę o cofnięciu tego zgłoszenia i uznaniu go przez gminę za formalnie niezgłoszonego co do tego zakresu.

dowody: pismo (...) (...)k. 130, pismo Gminy Ż. z dnia 11.05.2015 r. k. 131, pismo (...)(...)z dnia 12.05.2015 r. . 132, pismo z dnia 14.05.2015 r. k. 133, częściowo zeznania świadka W. O. (1). 243-244, zeznania świadka T. P. k. 242-243, zeznania słuchanego w charakterze strony powodowej J. P. nagranie z rozprawy z dnia 2.03.2016 r. , k. 317, częściowo zeznania słuchanego w charakterze pozwanej gminy A. B. k. 317,

Niezależnie od w/w zgłoszenia wykonawcy, także powód działając przez T. P., podejmował samodzielne próby poinformowania inwestora o swoim podwykonawstwie jak i treści umowy podwykonawczej w zakresie tak robót stabilizacyjnych jak i robót brukarskich. Było to dla niego kwestią podstawową dla decyzji w zakresie w ogóle podjęcia tych robót , jak i ich kontynuowania powód bowiem miał wiedzę o problemach z płatnością ze strony N. (...) W tym celu T. P. udał się do Urzędu Gminy by potwierdzić , iż N..pl zgłosił J. P. jako podwykonawcę i tam od reprezentującego Gminę w zakresie realizacji inwestycji urzędnika W. O. (1), otrzymał ustne zapewnienie, o

zgłoszeniu go jako podwykonawcy. T. P. miał również przygotowane pismo o zgłoszeniu jako podwykonawcy J. P. wraz z kopiami umów o podwykonawstwo i niniejsze również zostawił u w/w urzędnika. Do zakresu obowiązków W. O. (1) należały inwestycje, nadzór nad prowadzonymi inwestycjami przez gminę, bieżąca kontrola rozliczenia. U urzędnika tego T. P. był zresztą wielokrotnie, również z K. B. , osobą nadzorującą pracę z ramienia (...)(...)celem najpierw przedstawienia firmy (...) jako podwykonawcy, a następnie w ramach bieżących uzgodnień zarówno w zakresie robót stabilizacyjnych jak i brukarskich. Urzędnik zapewniał go również w ramach kontaktów roboczych o zabezpieczeniu środków finansowych na zapłatę za wykonywane przez powoda prace.

dowody: nagranie na płycie CD k. 280, pismo powoda z daty 11.05.2015 r. z załącznikiem k. 261-268, pismo powoda z 8.05.2015 r. załącznikiem k. 269-276, częściowo zeznania świadka W. O. (1) k. 243-244, k. 316-17, zeznania świadka T. P. k. 242-243, k. 316, zeznania świadka K. B. k. 315-316, zeznania świadka K. P. k. 240-241, zeznania słuchanego w charakterze strony powodowej J. P. k. 317, częściowo zeznania słuchanego w charakterze pozwanej gminy A. B. k. 317,

Podczas wykonywania robót także w zakresie brukowania, inwestor reprezentowany tak przez W. O. (1) jak i wójta wiedział i godził się na ich wykonanie przez powoda jako podwykonawcy (...)(...) Gminie znany był zakres tych robót oraz osoba podwykonawcy. Powód wykonywał prace urządzeniami oznakowanymi swoim logo, nadto pozostawał w stałym kontakcie z W. O. (1), przebywającym systematycznie na placu budowy, z którym też na bieżąco podwykonawca omawiał sprawy dotyczące tak zakresu jak i postępu robót. Na budowie bywał obecny także wójt gminy.

dowody: zeznania świadka Ł. P. k. 241-242, zeznania świadka T. P. k. 242-243, częściowo zeznania świadka W. O. (1) k. 243-244, zeznania świadka K. P. k. 240-241, zeznania świadka J. M. k. 245, zeznania świadka B. M. k. 245, zeznania świadka A. K. k. 245-246, zeznania słuchanego w charakterze strony powodowej J. P. k. 317, częściowo zeznania słuchanego w charakterze pozwanej gminy A. B. k. 317,

Powód wykonał umowę po terminie, a to w dniu 30 czerwca 2015 r. Oddanie robót po umówionym terminie spowodowane było częściowo okolicznościami za które powód nie odpowiadał, a to niedostarczeniem przez powoda koniecznych do kontynuacji robót obrzeży – 2 dni, oraz ulewami 4 dni.

dowody: protokół końcowy z dnia 30.06.2015 r. k. 16, protokół częściowy odbioru robót z dnia 15.06.2015 r. k. 18-19, pismo z dnia 10.06.2015 r. k. 177, pismo z dnia 22.05.2015 r. k. 179, częściowo dokument dostawy WZ nr (...) k. 176 , dziennik budowy nr (...)k. 202, zeznania świadka W. C. (1) k. 240–241, częściowo zeznania świadka Ł. P. k. 241-242, częściowo zeznania świadka W. O. (2) k. 243-244, częściowo zeznania T. P. k. 242- 243, zeznania świadka A. K. k. 245-246, częściowo zeznania słuchanego w charakterze strony powodowej J. P. k. 317.

Powód wystawił pozwanemu w związku z wykonaniem umowy faktury VAT nr :

-(...) z dnia 30.06.2015 r. na kwotę 100 000 zł. netto t.j. 123 000 zł. brutto,

- (...)z dnia 30.06.2015 r. na kwotę 70 327,75 zł. netto t.j 86 503,13 zł. brutto.

razem 209 503,13 zł. brutto. Zgodnie z umową Zamawiający był uprawniony do zatrzymania 3% wynagrodzenia jako kaucji gwarancyjnej , w związku z tym powód pomniejszył o tą kwotę wynagrodzenie dochodzone niniejszym pozwem.

dowody: faktura VAT nr (...) k. 14, faktura VAT nr (...) k. 15,

Wobec braku zapłaty wynagrodzenia objętego w/w fakturami VAT przez (...)(...)powód pismem z dnia 5 i 21 sierpnia 2015 r. wskazał pozwaną gminę Ż. jako odpowiedzialnego solidarnie z wykonawcą inwestora i wezwał go do zapłaty.

Inwestor pismem z dnia 3 września 2015 r. wyjaśnił, że podjął działania polegające na uzyskaniu informacji od wykonawcy robót, poinformował że doszło do spotkania, na którym wykonawca zobowiązał się do zapłaty. W przypadku braku porozumienia pomiędzy wykonawcą powodem, gmina zobowiązała się do podjęcia dalszych kroków. Gmina w toku prowadzonej korespondencji nie zaprzeczyła swojej odpowiedzialności za wynagrodzenie powoda z tytułu przymiotu inwestora.

dowody: wezwanie do zapłaty z dnia 21.08.2015 r. k. 20,146- 150, pismo gminy Ż. z dnia 3.09.2015 r. k. 21, pismo z dnia 5.08.2015 r. z załącznikami k. 134-145,

Strony umowy o podwykonawstwo z dnia 11 maja 2015 r. nr (...) zastrzegły kary umowne za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5 % wartości wynagrodzenia umownego brutto, za każdy dzień opóźnienia , licząc od umówionego terminu zakończenia realizacji umowy.

Pozwany (...). (...) sp. z o.o. pismem z daty 29 października 2015 r. złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu z należnością objętą fakturą VAT nr (...) z dnia 30.06.2015 r. kary umownej w wysokości 18 855 zł. z tytułu 18 dni zwłoki w realizacji umowy, przy uwzględnieniu kwoty wynagrodzenia brutto 209 503,30 zł. i kwoty 1 047,50 zł. za jeden dzień zwłoki.

dowody: umowa z dnia 11.05.2015 r. k. 7-13, oświadczenie o potrąceniu z dnia 29.10.2015 r. k. 56 z dowodem nadania k. 57,

Ustalając stan faktyczny Sąd dał wiarę dowodom z zeznań świadków i stron, dokumentów, nagrania płyty CD. Ustalając okoliczność zgłoszenia się podwykonawcy i pozostawienie inwestorowi kopii umowy podwykonawczej Sąd miał na uwadze dowody z zeznań świadków T. P. i K. P.. Ten ostatni jako inny podwykonawca miał informacje dotyczące przebiegu robót, jak i pośrednie informacje uzyskane od T. P. relacjonującego przebieg rozmów powoda z inwestorem, zgłoszenia robót i otrzymania przez powoda zapewnienia o wypłacie wynagrodzenia przez gminę. Potwierdził on zatem wersję świadka T. P. oraz dowód z nagrania CD z przebiegu spotkania z dnia 7 września 2015 r. , podczas którego W. O. (1) nie zaprzeczył otrzymaniu umowy podwykonawczej od powoda. Sąd dał wiarę dowodowi z nagrania na płycie CD /art. 308 kpc/, który znajdował także oparcie w zeznaniach świadka T. P. oraz W. O. (1), którzy wprost potwierdzili przebieg spotkania utrwalony zapisem dźwięku /k. 316-317/. Jednocześnie Sąd odmówił wiary zeznaniom tego świadka O., który tłumacząc niezaprzeczenie otrzymania umowy podwykonawczej od T. P.- podczas nagranej rozmowy (odtworzonej na płycie CD), zasłaniał się niepamięcią. Sąd uznał, iż w świetle pozostałego materiału brak podstaw do uznania wyjaśnień W. O. (1) za wiarygodne. Sporna inwestycja, jak to wynikało z zeznań słuchanego w charakterze pozwanego A. B., była jedną z zaledwie dwóch inwestycji realizowanych przez gminę w tym czasie. Powód był jedynym podwykonawcą na inwestycji dotyczącej targowiska w zakresie robót brukarskich. Sąd miał na uwadze, iż świadek ten z racji zakresu swoich obowiązków na bieżąco nadzorował przebieg tej inwestycji, pozostawał w stałym kontakcie z powodem. Kwestia zgłoszenia się przez niego jako podwykonawcy była przedmiotem rozmów z udziałem także innych świadków, co potwierdził K. B., pośrednie informacje odnośnie zgłoszenia się powoda posiadał także K. P.. W ocenie Sądu zasady doświadczenia życiowego przemawiają za tym, iż w razie gdyby T. P. rzeczywiście nie pozostawił mu umowy podwykonawczej, gdzie doniosłość tego faktu dla odpowiedzialności inwestora było dla W. O. (1) znana, to ten podczas spotkania z inwestorem i powodem zdecydowanie, zaprzeczyłby temu wprost. Trudno zaś uznać w świetle powyższego twierdzenia, iż nie pamiętał i musiał sprawdzić w dokumentach niniejszego, przecież otrzymanie bądź nie umowy podwykonawczej było okolicznością istotną , ważną i z pewnością godną zapamiętania, bądź też wyraźnego i stanowczego zaprzeczenia w razie jej nieotrzymania. W czasie nagrywanej rozmowy istniał już zresztą problem odpowiedzialności gminy jako inwestora, nie było to pierwsze spotkanie w tej sprawie , był to już etap prowadzonej korespondencji i należy przyjąć, iż W. O. (1) miał rozeznanie w treści i zakresie przedkładanej dokumentacji w toku realizacji inwestycji. A mimo to ( lub właśnie dlatego) okoliczności przedłożenia umowy podwykonawczej przez T. P. nie zaprzeczył.

Sąd odmówił wiary zeznaniom słuchanego w charakterze pozwanej burmistrza gminy A. B. w zakresie braku wiedzy odnośnie podwykonawstwa powoda także co do robót brukarskich, jako niekonsekwentnych i sprzecznych z wzajemnie się w tej części potwierdzającym pozostałym materiałem dowodowym, a to z zeznań świadków, w tym W. O. (1) i T. P. oraz powoda.

Ustalając przyczyny opóźnienia Sąd wziął pod uwagę, tak pismo powoda, z dnia 10.06.2015 r. i pismo z dnia 22.05.2015 r., jak zeznania W. C. (2), Ł. P. pracowników powoda obecnych na placu budowy, T. P. oraz W. O. (1) , które pozostawały zgodne co do częściowej przyczyny opóźnienia z uwagi na brak obrzeży, które dostarczyć miał pozwany, przyjmując

okres dwóch dni. Niewątpliwie przesłuchani świadkowie w osobach C., P., P., O. zgodnie potwierdzili, iż brak obrzeży, które miał dostarczyć N..pl był przyczyną opóźnienia w wykonaniu prac. Co do konkretnej ilości dni zeznania te różniły się, wskazując jednak okres co najmniej dwu dni. Taki też okres wskazał nie związany z podwykonawcą W. O. (1) stąd Sąd przyjął ten czasokres. Ustalając zaś opóźnienie z tytułu zalania placu budowy przez ulewne deszcze, Sąd opierając się na treści pisma powoda jak też zeznaniach świadków Ł. P., T. P. oraz W. O. (1), t.j. dowodów potwierdzających zaistnienie tej przyczyny, przyjął okres 4 dni usprawiedliwionego opóźnienia, mając na uwadze treść zeznań T. P. oraz W. O. (1), które potwierdzały się wzajemnie co do 4 dni usprawiedliwionego opóźnienia z tego powodu.

Sąd ustalił powyższy stan faktyczny w oparciu o niekwestionowane co do autentyczności przez strony dowody z dokumentów prywatnych, wyjąwszy dowód z dostawy WZ nr (...)k. 176/ na okoliczność daty rozpoczęcia robót i opóźnienia z przyczyn niezależnych od powoda, jako że powód nie wyjaśnił konkretnie jakiego zdarzenia dotyczy w/w dokument i nie wyjaśnił jego związku z rozpoczęciem robót brukarskich, będących spornymi w przedmiotowej sprawie. O ile opóźnienie spowodowane brakiem obrzeży i ulewą wynikało z zeznań świadków jednoznacznie, o tyle przeszkoda w postaci braku stabilizacji terenu poza zeznania świadków P. i O. nie znajdowała odzwierciedlenia w innych zeznaniach, przy czym okoliczności niniejszego w zeznaniach świadka P. i O. przedstawione zostały odmiennie. Tym samym Sąd uznał, iż ta okoliczność jako przyczyna zwalniająca powoda z odpowiedzialności za opóźnienie nie została przez niego w sposób dostateczny, konkretny i jednoznaczny wykazana.

Sąd pominął dowód z zeznań strony pozwanej (...)(...)wobec niestawiennictwa jej przedstawiciela /art. 302 § 1 kpc/.

Przy ustalaniu stanu faktycznego Sąd pominął dowody z korespondencji mailowej i pism dotyczących zgłoszenia innego podwykonawcy, jako dotyczących kwestii nie mających bezpośredniego znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie.

#### **Sąd Okręgowy zważył co następuje:**

Powód dochodził zapłaty wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane jako podwykonawca pierwszego z pozwanych - wykonawcy (...)(...) Odnośnie drugiego z pozwanych Gminy Ż. domagał się zapłaty na zasadzie art. 647<sup>1</sup> § 1 kpc jako od inwestora odpowiedzialnego solidarnie /art. 366 kc/.

Sytuacja prawna powoda jako podwykonawcy wyraża się w istnieniu dwóch stosunków prawnych, łączących go zarówno z wykonawcą, jak i inwestorem.

Stosownie do art. 647<sup>1</sup> § 1 kpc w umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 kc, zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców.

§ 2. 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 dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.

§ 4. Umowy, o których mowa w § 2 i 3, powinny być dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

§ 5. Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

§ 6. Odmiennie postanowienia umów, o których mowa w niniejszym artykule, są nieważne.

Przepis art. 647<sup>1</sup> § 5 kc statuuje ustawową bierną solidarność o charakterze gwarancyjnym w postaci odpowiedzialności ex lege za cudzy dług, co jest odstępstwem od zasady prawa obligacyjnego, zgodnie z którą skuteczność zobowiązań umownych ogranicza się do stron zawartego kontraktu /IV CSK 293/10 wyrok SN 2011-02-17

LEX nr 1111016/. Ma na celu ochronę podwykonawców, którzy uzyskali zgodę inwestora na zawarcie umowy o podwykonawstwo. Warunkiem solidarnej odpowiedzialności inwestora jest więc wyrażenie przez niego zgody na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą (art. 647<sup>1</sup> § 2 kc).

Zgoda ta może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 kc); niezależnie od tego zgodę uważa się za wyrażoną w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie drugie k.c. / uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 29 kwietnia 2008 r., III CZP 6/08, OSNC 2008/11/121, OSP 2009/9/90, OSP 2009/6/67, Biul.SN 2008/4/8, M.Prawn. 2008/22/1210 /.

W przedmiotowej sprawie Sąd Okręgowy miał na uwadze, że generalny wykonawca i inwestor zastrzegli w umowie dla skuteczności udzielenia zgody inwestora procedurę przewidzianą w umowie. Pisemna prośba wykonawcy wraz z dołączonym projektem lub umową podwykonawczą miała zostać zaakceptowana przez inwestora. Należy pamiętać, że była to umowna procedura przewidziana przez inwestora i generalnego wykonawcę w ich umowie i jako taka pozostawała bez znaczenia dla odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy, który nie był stroną tej umowy, a którą to odpowiedzialność regulują powołane przepisy art. 647<sup>1</sup> kc, wprowadzające i dopuszczające przewidzianą w nich procedurę obejmującą projekt umowy i dokumentację dotyczącą wyłącznie fikcji prawnej tzw. zgody milczącej. Ustawodawca zakłada, że jeżeli inwestor wyraża zaś zgodę w sposób czynny, to wie, co robi i nie jest już potrzebny żaden mechanizm obronny, a w szczególności ten zobowiązujący do przedstawienia dokumentacji. Nieistotne jest źródło wiedzy, natomiast niezbędne jest, aby umowa została zindywidualizowana podmiotowo i przedmiotowo /wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie - I Wydział Cywilny z 2014-05-29, I ACa 161/14/.

Przypomnieć przy tym należy, że przepis art. 647<sup>1</sup> § 1 - 5 kc ma charakter ius cogens ze względu na art. 647<sup>1</sup> § 6 kc. W zakresie regulacji przepisu art. 647<sup>1</sup> kc stronom nie służy zatem możliwość wprowadzania zmian. Postanowienia te byłyby bowiem nieważne /art. 58 kc/.

Sąd Okręgowy zgadza się też z tezą, że świadome działanie inwestora, który pomimo wprowadzenia ograniczeń podzlecenia prac w umowie z wykonawcą akceptuje fakt realizacji części inwestycji przez podwykonawcę oznacza, że zamawiający nie może powoływać się na te ograniczenia w sporze z podwykonawcą zwłaszcza, gdy podwykonawca wykonał całość powierzonych mu prac /wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie - I Wydział Cywilny z 2014-12-23, I ACa 1257/14 /, tak jak miało to miejsce w przedmiotowej sprawie.

W przedmiotowej zaś sprawie z materiału dowodowego wynikało, że inwestor wyraził zgodę na podwykonawstwo powoda w sposób czynny i zindywidualizował swoją zgodę podmiotowo i przedmiotowo, przy czym wiedza pozwanego i zgoda na zawarcie tej umowy, nie sprowadzała się tylko do świadomości, że jakaś część robót wykonywana jest przez dalszego podwykonawcę. Pozwany był doskonale zapoznany z zakresem tych robót jak i ich wartością. Jego przedstawiciel w osobie W. O. (1) pracownik, którego umocowania do reprezentacji gminy w sprawach dotyczących inwestycji nie było kwestionowane przez stronę pozwaną i brał czynny udział w uzgadnianiu ich zakresu. Na placu budowy był obecny także wójt gminy, dozorujący postęp prac. Pozwany tym samym nie tylko wyraził zgodę na zawarcie umowy o podwykonawstwo, co aktywnie współdziałał w ustalaniu jej zakresu i w jej wykonaniu przez powoda.

Sąd Okręgowy zgadza się z tezą, że akceptacja ze strony inwestora obecności konkretnego podmiotu na budowie i wykonywanie przez niego prac nie może być potraktowana inaczej jak wyrażenie zgody na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą /wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie - I Wydział Cywilny z 2014-12-05/.

Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwalał na ustalenie, iż pozwanemu znane były nie tylko istotne postanowienia umowy podwykonawczej co do zakresu robót, ale także co do wynagrodzenia, a przynajmniej miał on realną możliwość zapoznania się z tymi postanowieniami. Podwykonawca zdawał sobie sprawę, że jego umowa z wykonawcą musi być poparta zgodą inwestora, w przeciwnym razie poniesie konsekwencje tego braku. Niezależnie od działań w zakresie zgłoszenia go inwestorowi podjętych przez wykonawcę, powód sam więc podejmował inicjatywę

co do dokonania takiego zgłoszenia. Nie tylko poinformował inwestora o swoim podwykonawstwie, ale także sam dostarczył umowę podwykonawczą inwestorowi, do rąk jego upoważnionego w zakresie podejmowania czynności dotyczących tej inwestycji, pracownika.

Na marginesie tylko wskazać należy, iż pozwana gmina nie kwestionowała w zasadzie roszczenia co do wysokości, nie kwestionowała też wartości wykonanych robót. Jednocześnie doskonale było jej wiadomym, iż podwykonawca przejmuje całość robót w zakresie brukowania. Innymi słowy, inwestor wiedział za co i ile potencjalnie ma zapłacić osobie za wykonywane roboty, z którą nie wiąże go co prawda umowa, ale wobec której odpowiada na zasadzie wyrażonej w art. 647<sup>1</sup> kc, jako że faktycznie godził się na wykonanie przez nią robót uprzednio zleconych do wykonania wykonawcy generalnemu.

Nie można nie wziąć pod uwagę także okoliczności, iż zabezpieczeniem interesów inwestora jest jego wiedza o przedmiocie i potrzebach realizacyjnych inwestycji, a także taka dbałość o własne interesy, jakiej można oczekiwać od przeciętnego uczestnika procesu inwestycyjnego. Inwestor, do którego wykonawca zwraca się o wyrażenie zgody na zawarcie umowy podwykonawczej zindywidualizowanej podmiotowo (z oznaczonym podwykonawcą) i przedmiotowo (obejmującej wykonanie określonych robót), może żądać wyjaśnień, uzupełnienia danych (co do osoby podwykonawcy lub postanowień umowy) czy złożenia samej umowy, jej projektu lub innych dokumentów. W przedmiotowej sprawie wykonawca nie przedłożył wymaganej umowy. Jednocześnie jednak wiedza inwestora nie musi pochodzić wyłącznie od wykonawcy. Nie można zatem pominąć obowiązku inwestora dbania o swoje interesy w kontekście tego, iż także podwykonawca zgłaszał mu swój udział, nie tylko formalnie, ale także pozostając w stałym kontakcie z W. O. (1). Wskazać przy tym należy, że zgoda może zostać wyrażona w sposób dorozumiany także po zawarciu umowy o podwykonawstwo /wyrok SN z dnia 2.07.2009 r. , V CSK 24/09, LEX 527185/. Tym samym inwestor podejmując aktywnie współpracę z powodem i wiedząc, iż oświadczenie wykonawcy o rezygnacji z podwykonawstwa jest praktycznie fikcyjne, zgodził się na to podwykonawstwo, nie żądając ponownie do wykonawcy ani podwykonawcy umowy podwykonawczej czy innej dokumentacji, akceptując dalsze wykonywanie przez niego umowy i nie informując o fakcie „wycofania” powoda jako zgłoszonego do inwestora podwykonawcy w zakresie robót brukarskich , jednocześnie płacąc za stabilizacyjne, w czasie gdy kontynuowane były brukarskie.

Odpowiedzialności inwestora nie wyłącza zatem okoliczność, iż wykonawca nie zgłosił inwestorowi „formalnie” podwykonawcy t.j. wg reguł wynikających z umowy łączącej inwestora z głównym wykonawcą i nie przedłożył tej umowy czy jej projektu. Powyższe nie ma w sprawie znaczenia, wobec wykazania przez powoda zgody czynnej pozwanej Gminy, która obejmowała elementy istotne umowy podwykonawczej.

Wbrew zarzutom pozwanego, w sprawie do odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy nie znajdują zastosowania przepisy art. 143 (b) ustawy Prawo zamówień publicznych, regulujące odmiennie niż art. 647<sup>1</sup> kc procedurę i wymogi zgłaszania podwykonawcy inwestorowi i uzyskiwania jego zgody.

Należy mieć przy tym na uwadze ust. 8 przepisu art. 143 (c) p.z.p., który wskazuje, że przepisy art. 143a-143d nie naruszają praw i obowiązków zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy i dalszego podwykonawcy wynikających z przepisów art. 647<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.

Wskazać należy przy tym na odmienną rolę i funkcję art. 647<sup>(1)</sup>kc oraz prawa zamówień publicznych i konsekwentnie należy przyjmować, iż w zakresie powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora miarodajna jest wyłącznie regulacja kodeksu cywilnego, a ustawa Prawo zamówień publicznych nie dokonuje jakichkolwiek modyfikacji tej instytucji. /tak. Też. J. Jerzykowski, Komentarz do art. 143 (b) ustawy - Prawo zamówień publicznych/. Na podstawie prawa zamówień publicznych jedynie podwykonawcy, którzy zostali zgłoszeni zamawiającemu zgodnie z zasadami określonymi w przepisie art. 143b p.z.p., mogą żądać zapłaty wymagalnego wynagrodzenia. W sytuacji jednak, gdy nie doszło do przedłożenia lub akceptacji umowy przez zamawiającego, mogą oni wystąpić z żądaniem zapłaty wynagrodzenia na podstawie art. 647<sup>(1)</sup> k.c. /Małgorzata Sieradzka Solidarna odpowiedzialność inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę/. Tak więc



podwykonawca, o którego istnieniu zamawiający ma wiedzę wyrażoną w sposób aktywny bądź bierny, ma prawo żądać zapłaty za wykonane roboty zarówno od wykonawcy, jak i od zamawiającego /Edyta Snakowska-Estorninho Analiza modelu podwykonawstwa wprowadzonego nowelizacją w stosunku do dotychczas obowiązujących regulacji, cz. I/.

Dodać należy, że bez znaczenia dla odpowiedzialności z art. 647<sup>[1]</sup> § 5 kc inwestora pozostaje fakt zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy generalnego /uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2006-06-28, III CZP 36/06/.

Podsumowując, solidarną odpowiedzialność pozwanej Gminy wykreowała jego wiedza co do przedmiotu prac, jakie ma wykonać podwykonawca, przysługującym mu wynagrodzeniu i dorozumiana, czynna akceptacja zawarcia przez (...)(...) umowy o podwykonawstwo z powodem.

Przechodząc do drugiego z pozwanych (...)(...)to powód domagał się wobec niego zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty na podstawie art. 647 kc.

Pozwany nie kwestionował roszczenia co do zasady, nie kwestionując zawarcia umowy, wykonania robót, jak i wysokości umówionego wynagrodzenia objętego w sprawie fakturami VAT.

Jego obrona sprowadziła się do zarzutu potrącenia /art. 498 i n kc/ kary umownej /art. 483 kc/ z tytułu zwłoki w wykonaniu robót przez powoda, który okazał się częściowo uzasadniony.

Sam sposób naliczenia kary nie był w sprawie kwestionowany, pozostawał też zgodny z tym wskazanym w umowie.

Strony zastrzegły karę umowną na wypadek zwłoki wykonawcy w oddaniu robót, naliczaną za każdy dzień tej zwłoki. Pozwany naliczył kary za 18 dni, 1 047,50 zł. za dzień. Roboty zostały oddane po terminie wskazanym w umowie, a to w dniu 30 czerwca 2015 r. Przewidziany w umowie termin oddania robót bowiem to 12 czerwca 2015 r. Strony przy tym umownie ustaliły, iż za termin wykonania umowy uważa się dzień podpisania protokołu odbioru końcowego, który w przedmiotowej sprawie miał miejsce właśnie 30 czerwca 2015 r.

Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika zgodnie z art. 471 kc. Stosownie do treści tego przepisu oraz art. 472 kc także zobowiązany do zapłaty kary umownej może bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności /V ACa 267/10 wyrok s.apel.2010-09-28 w Katowicach LEX nr 785490/.

W przedmiotowej sprawie termin zakończenia wykonania umowy uległ przesunięciu częściowo na skutek okoliczności, za które powód odpowiedzialności nie ponosił. Powód na którym spoczywał ciężar dowodzenia /art. 6 kc w zw. z art. 471 kc w zw. z art. 483 kc/, iż naruszenie terminu nastąpiło na skutek okoliczności za które nie ponosił odpowiedzialności, częściowo wykazał swoje twierdzenie, a to co do opóźnienia z powodu opadów i zalania tereny budowy –w zakresie 4 dni, oraz z powodu niedostarczenia przez pozwanego niezbędnych do kontynuacji robót elementów tzw. obrzeży, co spowodowało opóźnienie o 2 dni. Z uwagi także na ustalenie umowne w zakresie daty uznania umowy za wykonaną, Sąd nie uwzględnił naliczenia kary za dzień podpisania protokołu odbioru.

Ostatecznie należało przyjąć, iż powód pozostawał w zwłoce z wykonaniem umowy w zakresie 11 dni i za ten przedział czasu pozwany zasadnie naliczył karę umowną, co dało kwotę 11 522,50 zł. i co do tej wysokości umorzyła się wierzytelność powoda objęta fakturą VAT nr (...), a to z uwagi na potrącenie złożone skutecznie przez pozwanego /art. 498 § 2 kc/.

Ostatecznie roszczenie powoda z uwagi na częściowo skuteczny zarzut potrącenia okazało się uzasadnione co do kwoty 191 695,54 zł. Jako że odpowiedzialność inwestora dotyczy długu cudzego, ten ponosi odpowiedzialność w takim zakresie w jakim ponosi ją wykonawca t.j. w przedmiotowej sprawie co do w/w wysokości.

Ostatecznie Sąd uwzględnił zatem w części żądanie pozwu, co do (...)PL. sp. o.o. na podstawie art. 647 kc oraz co do pozwanej Gminy Ż. uznając jej odpowiedzialność solidarną z pozwanym podstawie art. 647<sup>1</sup> kc co do kwoty należności głównej 191 695,54 zł., w przedmiocie odsetek ustawowych z tytułu opóźnienia w zapłacie Sąd orzekł na podstawie art. 481 kc jak w pkt 1 wyroku, oddalając powództwo w pozostałej części w pkt 2.

W przedmiocie kosztów postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 100 kpc. Koszty powoda to: opłata od pozwu 10 161 zł., opłata skarbową od pełnomocnictwa 17 zł., koszt zastępstwa procesowego 7 200 zł. Koszty strony pozwanej to : pozwany ad.1 - koszt zastępstwa procesowego 7 200 zł i opłata skarbową od pełnomocnictwa 17 zł., pozwany ad.2 - koszt zastępstwa procesowego 7 200 zł i opłata skarbową od pełnomocnictwa 17 zł - łącznie : 14 434 zł ; stąd łączne koszty postępowania to : 31 812 zł. powód wygrał w 94,33% , stąd winien ponieść koszty procesu w wysokości 5,67% (1803,74 zł) , pozostałe zaś pozwani. Skoro powód poniósł 17 378 zł , różnicę w wysokości 15 574, 26 zł pozwani winni mu zwrócić, o czym orzekł w pkt 3.

## ZARZĄDZENIE

1. (...)

2. (...)