

*Sygn. akt VI ACa 113/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 29 sierpnia 2013 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Małgorzata Manowska*

*Sędzia SA – Marzena Miąskiewicz*

*Sędzia SO del. – Magdalena Sajur – Kordula (spr.)*

*Protokolant: – sekr. sądowy Mariola Frąckiewicz*

*po rozpoznaniu w dniu 29 sierpnia 2013 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa Funduszu (...) S.A. w L.*

*przeciwko (...) Sp. z o.o. w W. i (...) S.A. w G.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji powoda*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 13 sierpnia 2012 r.*

*sygn. akt XX GC 509/09*

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od Funduszu (...) S.A. w L. na rzecz (...) S.A. w G. kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt VI ACa 113/13

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z 13 sierpnia 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie XX Wydział Gospodarczy w sprawie z powództwa Funduszu- (...) S.A. w C. przeciwko (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. i (...) S.A. w G. o zapłatę, zasądził od (...) sp. z o.o. w W. na rzecz Funduszu (...) S.A. w C. 437.796,21 (czterysta trzydzieści siedem tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt sześć 21/100) zł z ustawowymi odsetkami od kwot:

- 111.880,10 zł od 20 grudnia 2005 r. do dnia zapłaty

- 139.433,31 zł od 24 grudnia 2005 r. do dnia zapłaty

- 186.482,80 zł od dnia 29 grudnia 2005 r. do dnia zapłaty.

W punkcie drugim wyroku oddalił powództwo w stosunku do (...) S.A. w G.. Natomiast w punkcie trzecim wyroku zasądził od (...) sp. z o.o. w W. na rzecz Funduszu (...) S.A. w C. 38.362,57 (trzydzieści osiem tysięcy trzysta sześćdziesiąt dwa 57/100) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania, a w jego czwartym punkcie - zasądził od Funduszu

(...) S.A. w C. na rzecz (...) S.A. w G. 21.587,94 (dwadzieścia jeden tysięcy pięćset osiemdziesiąt siedem 94/100) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy oparł swe rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych i prawnych:

(...) S.A. (jako zamawiającego) oraz (...) sp. z o. o. (jako wykonawcę) wiązała umowa z dnia 16 czerwca 2005 r. nr (...) - na podstawie której (...) sp. z o. o. zobowiązał się do wykonania instalacji tryskaczowej z hydroforem, pompownią i zbiornikiem p.poż. w ramach budowy Centrum Handlowego (...) w T.. W § 7 ust. 1 umowy strony wskazały, jako osobę reprezentującą na budowie zamawiającego, dyrektora budowy T. M. (1).

W § 14 ust. 1 umowy strony uzgodniły, że wykonawca może, za zgodą zamawiającego, zlecić dowolny zakres prac innym podwykonawcom, przejmując pełną odpowiedzialność za ich działania oraz ponosząc wszelkie koszty z tym związane.

Zgodnie z § 14 ust. 3 umowy do zawarcia przez wykonawcę umowy z podwykonawcą była wymagana zgoda zamawiającego. Dla uzyskania zgody zamawiającego konieczne było złożenie, nie później niż na 7 dni przed zawarciem umowy z podwykonawcą wniosku zawierającego informację o podwykonawcy oraz rodzaju i zakresie podzlecanych mu robót, łącznie z projektem umowy. W ciągu 7 dni zamawiający miał na piśmie zaakceptować wniosek bez uwag lub z uwagami lub odrzucić wniosek. Zgodę mieli wydawać przedstawiciele zamawiającego na budowie.

Zgodnie z § 14 ust. 5 umowy wykonawca w ciągu 5 dni po podpisaniu umowy miał dostarczyć zamawiającemu oświadczenie podwykonawcy wg wzoru stanowiącego załącznik do umowy. W przypadku niewykonania powyższego obowiązku zamawiający mógł wstrzymać wypłatę wynagrodzenia na rzecz wykonawcy do czasu przedstawienia powyższych dokumentów.

W dniach 31 sierpnia 2005 r. i 30 września 2005 r. (...) sp. z o.o. złożyła (...) S.A. pisemne oświadczenia, że prace wynikające z umowy nr (...) prowadzone są w ramach sił własnych.

(...) sp. z o. o. (jako zamawiający) oraz (...) sp. z o.o. (jako wykonawca) w dniu 3 października 2005 r. zawarły umowę nr (...), na podstawie której (...) sp. z o.o. zobowiązał się do wykonania w ramach budowy Centrum Handlowego (...) w T. instalacji tryskaczowej na obszarze kręgielni oraz wykonania instalacji II poziomu tryskaczy na powierzchni butików (najemcy). Zgodnie z § 1 ust. 3 umowy zakres robót obejmował:

- instalację tryskaczową podstropową (dla obszaru kręgielni łącznie z rurociągiem, próbami i uruchomieniem instalacji jak w zał. nr 1);
- instalację tryskaczową międzystropową (dla obszaru kręgielni łącznie z rurociągiem próbami i uruchomieniem instalacji jak w zał. nr 1);
- wykonanie instalacji tryskaczowej II poziom dla powierzchni butików wg stawki liczonej za jeden kompletny tryskacz.

W § 3 ust. 1 umowy strony ustaliły, że wynagrodzenie wykonawcy za należyte wykonanie przedmiotu umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym w przypadku dla obszaru kręgielni i wynosi netto 100.000 zł, pomniejszone o zakres wykonania przez (...) sp. z o. o. do dnia przekazania frontu robót przeliczony przez współczynniki 0,9. Cena za wykonanie jednego poprawnego punktu tryskaczowego podstropowego poza obszarem kręgielni wynosi 200 zł netto zaś wynagrodzenie z tytułu realizacji instalacji II poziomu (tryskacze wiszące w sufitach podwieszonych) będzie naliczane za rzeczywiście wykonaną ilość tryskaczy a cena jednostkowa za jeden poprawnie wykonany punkt tryskaczowy wynosi 340 zł netto przy rurociągach rozprzodających do DN 50, a rurociągi od DN 65 mm rozliczane będą dodatkowo wg ceny jednostkowej DN 150 mm - 145 zł/m, DN 100 - 90 zł/m, DN 80 -87 zł/m, DN 65 - 75 zł/m.

Zgodnie z § 3 ust. 2 umowy wynagrodzenie miało być naliczane na podstawie miesięcznych protokołów przerobowych sporządzanych każdorazowo na koniec miesiąca.

Zgodnie z § 3 ust. 3 umowy minimalna ilość tryskaczy miała wynieść 1000 szt. a cena za ich wykonanie 340.000 zł netto.

W § 4 ust. 1-6 umowy strony ustaliły, że wynagrodzenie wykonawcy jest płatne za wykonane, zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym elementy rozliczeniowe zadania, na podstawie protokołu odbioru robót lub procentowego zaawansowania wykonania elementu rozliczeniowego. Protokół odbioru robót wymagał akceptacji zamawiającego. Rozliczenie całości robót miało nastąpić fakturą końcową na podstawie protokołu odbioru robót podpisanego przez upoważnionych przedstawicieli stron, po odbiorze końcowym robót wykonawcy i pisemnym potwierdzeniu usunięcia usterek zgłoszonych przy odbiorze. W przypadku rozbieżności co do zaawansowania robót płatne miało być tylko wynagrodzenie bezsporne. Faktury miały być dostarczane do siedziby zamawiającego. Terminy płatności faktur częściowej i końcowej zostały ustalone na 35 dni od daty wpływu. Za datę uregulowania należności strony przyjęły dzień obciążenia rachunku bankowego zamawiającego. Strony uzgodniły, że dostarczone zamawiającemu faktury bez zaakceptowanego protokołu odbioru częściowego i końcowego oraz faktury wystawione niezgodnie z obowiązującymi zasadami zamawiający ma obowiązek zwrócić w ciągu 3 dni. Wykonawca nie tracił prawa do otrzymania wynagrodzenia w umownym terminie, jeżeli skorygował fakturę i przesłał ją zamawiającemu w terminie nie dłuższym niż dalsze 3 dni.

Zgodnie z § 4 ust. 7 umowy wykonawca nie mógł bez pisemnej zgody zamawiającego dokonać cesji należności faktur za wyjątkiem sytuacji, w której zleceniodawca nie wywiązywał się z realizacji należnej faktury. W § 7 ust. 1 umowy jako osoba reprezentująca zamawiającego na budowie został wskazany kierownik robót M. W.. W § 9 ust. 13 umowy zamawiający oświadczył, iż zgłosi wykonawcę jako partnera realizującego wspólne przedsięwzięcie gospodarcze oddzielnym pismem do generalnego wykonawcy, którego potwierdzoną kopię niezwłocznie przekaże wykonawcy. Zgłoszenie miało nastąpić w celu zabezpieczenia praw wykonawcy i terminowości płatności. W przypadku zgłoszenia przez wykonawcę uzasadnionych zaległości, generalny wykonawca mógł wstrzymać wynagrodzenie należne zamawiającemu i dokonać bezpośredniej płatności dla wykonawcy.

Zgodnie z § 10 ust. 3 i 5 umowy odbiory częściowe elementów robót stanowiły potwierdzenie jakości ich wykonania oraz ich zaawansowania dla celów fakturowania. Odbiór częściowy nie zwalniał wykonawcy z zabezpieczenia przekazanych robót do czasu odbioru końcowego. Odbiór końcowy przedmiotu umowy miał nastąpić po wykonaniu przewidzianego umową zakresu robót, na podstawie protokołu spisywanego przez przedstawiciela zamawiającego w obecności wykonawcy. Protokół miał zawierać decyzję zamawiającego co do przyjęcia, przyjęcia warunkowego lub odmowy przyjęcia robót oraz podpisy uczestniczących przy odbiorze.

Aneks z 30 października 2005 r. strony przedłużyły termin wykonania robót z powodu braku frontu robót tj. elementów sufitów podwieszonych w pomieszczeniach najemców.

W piśmie z 5 października 2005 r. (...) sp. z o. o. zleciła firmie (...) A. R. wykonanie montażu instalacji tryskaczowej na obiekcie C.H. (...) w T. wg zakresu wskazanego każdorazowo przez kierownika robót (...) sp. z o.o. według stawek godzinowych liczonych za rzeczywiście przepracowany stan godzinowy.

13 października 2005 r. (...) sp. z o. o. przekazał J. S. (1) - zastępcy dyrektora budowy ds. rozliczeń (...) S.A. - pismo, w którym poinformował, że z dniem 3 października 2005 r. prace na obiekcie C.H. (...) w zakresie opisanym w umowie nr (...) przy realizacji instalacji tryskaczowej rozpoczęła firma (...) sp. z o.o. Pismo to zostało załączone do jednego z protokołów przerobowych, jakie co miesiąc (...) sp. z o. o. składał (...) S.A. J. S. (1) zajmował się na budowie umowami i rozliczeniem budowy. Kierownik budowy (...) S.A. -T. M. (1) dowiedział się o zatrudnieniu podwykonawców przez (...) sp. z o. o., w tym m.in. (...) sp. z o.o., pod koniec października 2005 r. na spotkaniu z inspektorem nadzoru, w którym uczestniczyli też przedstawiciele (...) sp. z o.o. (...) S.A. nie przedstawiono umowy zawartej pomiędzy (...) sp. z o. o. a (...) sp. z o.o., jak również nie przedstawiono projektu tej umowy. (...) sp. z o. o. przedstawiając (...) S.A. miesięczne protokoły przerobowe składała oświadczenia, że wykonuje roboty własnymi siłami. Kierownik budowy (...) S.A. wiedział, że (...) sp. z o. o. wykonuje swoje prace przy pomocy podwykonawców i akceptował to. Przedstawiciele firm podwykonawczych (...) sp. z o. o. uczestniczyli w cotygodniowych naradach na budowie. (...)

sp. z o.o. wykonywała prace w kłępielni, które rozpoczął i wykonał częściowo już wcześniej inny podwykonawca (...) sp. z o. o. oraz tryskacze II poziomu, które były sukcesywnie zlecane i odbierane przez kierownika ds. technicznych (...) sp. z o. o. - M. W..

(...) sp. z o. o. całość prac dotyczących instalacji tryskaczowej wykonywała przez podwykonawców.

W okresie od 24 października 2005 r. do 15 listopada 2005 r. (...) sp. z o.o. wystawiła 35 protokołów odbioru instalacji tryskaczowej, stwierdzających wykonanie 393 sztuk tryskaczy stojących i 511 sztuk tryskaczy wiszących. Protokoły te zostały podpisane w imieniu (...) sp. z o.o. przez kierownika ds. technicznych M. W..

Wystawione przez (...) sp. z o.o. i podpisane przez kierownika robót (...) sp. z o. o. protokoły odbioru spełniały wymogi formalno -prawne obowiązujące na budowach dla protokołów odbioru prac instalacyjnych w zakresie przekazania instalacji. Daty zawarte w tych protokołach wskazują, że odbiory prowadzone były systematycznie, w miarę wykonywania robót instalacyjnych i montażowych, co miało pozytywny wpływ na ich wiarygodność. Podczas oględzin przeprowadzonych w pomieszczeniach (...) nr: (...) biegły sądowy nie odnalazł ani jednego przypadku zawyżenia w protokołach liczby tryskaczy wykonanych przez (...) sp. z o.o. na II poziomie instalacji tryskaczowej w stosunku do liczby tryskaczy rzeczywiście wykonanych i potwierdzonych podczas oględzin.

Na podstawie podpisanych przez M. W. protokołów odbioru (...) sp. z o.o. wystawiła (...) sp. z o.o. 35 faktur:

- nr (...) z 4.11.2005 r. na kwotę 3.631,94 zł z terminem płatności 9.12.2005r.
- nr (...) z 4.11.2005 r. na kwotę 2.928,00 zł z terminem płatności 9.12.2005r.
- nr (...) z 4.11.2005 r. na kwotę 5.559,54 zł z terminem płatności 9.12.2005 r.
- nr (...) z 4.11.2005 r. na kwotę 7.204,10 zł z terminem płatności 9.12.2005 r.
- nr (...) z 4.11.2005 r. na kwotę 4.001,60 zł z terminem płatności 9.12.2005 r.
- nr (...) z 4.11.2005 r. na kwotę 7.607,92 zł z terminem płatności 9.12.2005 r.
- nr (...) z 4.11.2005 r. na kwotę 7.442,00 zł z terminem płatności 9.12.2005 r.
- nr (...) z 4.11.2005 r. na kwotę 3.111,00 zł z terminem płatności 9.12.2005 r.
- nr (...) z 4.11.2005 r. na kwotę 3.355,00 zł z terminem płatności 9.12.2005 r.
- nr (...) z 4.11.2005 r. na kwotę 10.973,90 zł z terminem płatności 9.12.2005 r.
- nr (...) z 4.11.2005 r. na kwotę 2.928,00 zł z terminem płatności 9.12.2005 r.
- nr (...) z 4.11.2005 r. na kwotę 5.124,00 zł z terminem płatności 9.12.2005 r.
- nr (...) z 4.11.2005 r. na kwotę 5.368,00 zł z terminem płatności 9.12.2005 r.
- nr (...) z 4.11.2005 r. na kwotę 26.388,60 zł z terminem płatności 9.12.2005 r.
- nr (...) z 4.11.2005 r. na kwotę 16.256,50 zł z terminem płatności 9.12.2005 r.
- nr (...) z 17.11.2005 r. na kwotę 14.859,60 zł z terminem płatności 22.12.2005 r.
- nr (...) z 17.11.2005 r. na kwotę 7.466,40 zł z terminem płatności 22.12.2005 r.
- nr (...) z 17.11.2005 r. na kwotę 2.488,80 zł z terminem płatności 22.12.2005 r.

- nr (...) z 17.11.2005 r. na kwotę 4.148,00 zł z terminem płatności 22.12.2005 r.
- nr (...) z 17.11.2005 r. na kwotę 7.692,10 zł z terminem płatności 22.12.2005 r.
- nr (...) z 17.11.2005 r. na kwotę 6.636,80 zł z terminem płatności 22.12.2005 r.
- nr (...) z 17.11.2005 r. na kwotę 26.120,20 zł z terminem płatności 22.12.2005 r.
- nr (...) z 17.11.2005 r. na kwotę 4.148,00 zł z terminem płatności 22.12.2005 r.
- nr (...) z 17.11.2005 r. na kwotę 45.414,01 zł z terminem płatności 22.12.2005 r.
- nr (...) z 17.11.2005 r. na kwotę 7.051,60 zł z terminem płatności 22.12.2005 r.
- nr (...) z 17.11.2005 r. na kwotę 4.148,00 zł z terminem płatności 22.12.2005 r.
- nr (...) z 17.11.2005 r. na kwotę 9.259,80 zł z terminem płatności 22.12.2005 r.
- nr (...) z 21.11.2005 r. na kwotę 18.672,10 zł z terminem płatności 26.12.2005 r.
- nr (...) z 21.11.2005 r. na kwotę 4.148,00 zł z terminem płatności 26.12.2005 r.
- nr (...) z 21.11.2005 r. na kwotę 30.115,70 zł z terminem płatności 26.12.2005 r.
- nr (...) z 21.11.2005 r. na kwotę 16.177,20 zł z terminem płatności 26.12.2005 r.
- nr (...) z 21.11.2005 r. na kwotę 32.215,32 zł z terminem płatności 26.12.2005 r.
- nr (...) z 21.11.2005 r. na kwotę 82.999,96 zł z terminem płatności 26.12.2005 r.
- nr (...) z 21.11.2005 r. na kwotę 1.659,20 zł z terminem płatności 26.12.2005 r.
- nr (...) z 25.11.2005 r. na kwotę 495,32 zł z terminem płatności 30.12.2005 r.

10 listopada 2005 r. (...) sp. z o.o. wystawiła dwa protokoły odbioru stwierdzające zamontowanie, w ramach instalacji tryskaczowej drugiego poziomu, 103 tryskaczy wiszących w suficie podwieszanym. Wykonanie tych robót potwierdziła na protokołach (...) S.A.

W dwóch pismach z 14 listopada 2005 r. (...) sp. z o.o. poinformowała (...) sp. z o.o., że nie będzie mogła uznać za wymagalne faktur za wykonane prace instalacyjne w zakresie instalacji tryskaczowej powierzchni galerii (butików) bez przedłożenia protokołów odbioru potwierdzonych podpisami i pieczęciami najemców (użytkowników butików). (...) sp. z o.o. uznała należności z faktur o numerach: (...).

W piśmie z 16 listopada 2005 r. (...) sp. z o.o. poinformowała (...) sp. z o.o., że nie zgadza się na przekazaną jej propozycję rozliczenia kosztów poniesionych przez (...) sp. z o.o. przy realizacji prac na kręgielni C.H. (...) oraz że przedstawi swoją propozycję w oparciu o rzeczywiste poniesione nakłady.

23 listopada 2005 r. (...) wystawił (...) sp. z o.o. fakturę za wykonanie instalacji tryskaczowej na kwotę 109.800 zł. (...) wykonywała na zlecenie (...) sp. z o.o. na budowie Centrum Handlowego (...) tryskacze II poziomu.

21 grudnia 2005 r. (...) sp. z o.o. złożyła (...) S.A. pisemne oświadczenie, że prace na budowie Galerii Handlowej (...) w T., wynikające z umowy nr (...), prowadzone są w ramach sił własnych.

W piśmie z 22 grudnia 2005 r. (...) sp. z o.o. poinformowała (...) sp. z o.o., że poza uznanymi fakturami, na łączną kwotę 34.257,60 zł, odmawia zapłaty pozostałych faktur, ponieważ nie spełniają one warunków określonych

w pismach z 14 listopada 2005 r. (...) sp. z o.o. poinformowała, że protokół przerobowy, obejmujący rzeczywisty zakres wykonanych przez (...) sp. z o.o. robót będzie mógł zostać podpisany po akceptacji protokołów (...) sp. z o.o. przez generalnego wykonawcę, a także potwierdzeniu ich przez najemców i dopiero ten protokół będzie podstawą do wystawienia faktur przez (...) sp. z o.o.

4 stycznia 2006 r. została spisana przez przedstawicieli (...) sp. z o.o. oraz (...) S.A. notatka służbowa, w której stwierdzono, wykonanie robót dodatkowych, związanych z wykonaniem II poziomu tryskaczy w pomieszczeniach najemców Galerii (...), zgodnie z potwierdzeniem przez przedstawiciela inwestora, firmy (...), w ilości 621 tryskaczy.

11 stycznia 2006 r. (...) sp. z o.o. wystawiła protokół odbioru stwierdzający wykonanie 621 tryskaczy II poziomu instalacji tryskaczowej. Protokół został podpisany przez przedstawiciela (...) S.A. -J. S. (1).

W piśmie z 8 lutego 2006 r. (...) sp. z o.o. zwróciła się do (...) S.A. o przekazanie z przysługującej jej należności kwoty 34.257,60 zł bezpośrednio na rachunek (...) sp. z o.o. (...) sp. z o.o. poinformowała, że pozostałe roszczenia (...) sp. z o.o. nie zasługują na uwzględnienie z uwagi na brak odpowiednich dokumentów finansowych, gdyż faktury zostały zwrócone podwykonawcy z powodu braku poprawnego protokołu odbioru, który mógł być podpisany dopiero po 11 stycznia 2006 r. tj. po uznaniu zakresu robót przez (...) S.A. Spółka (...) stwierdziła, że dotychczas nie otrzymała od podwykonawcy poprawnie wystawionych dokumentów finansowych, pozwalających na ich zaksięgowanie i uznanie wynikających z nich należności. Stanowisko to zostało podtrzymane w piśmie z 9 lutego 2006 r.

13 lutego 2006 r. (...) sp. z o.o. złożyła na piśmie oświadczenie o przeniesieniu na rzecz Funduszu (...) S.A. wierzytelności należnej od (...) sp. z o.o. na kwotę 437.796,21 zł, z tytułu wykonania robót w obiekcie Centrum Handlowego (...) w T. - wykonania instalacji tryskaczowej na obszarze kręgielni oraz wykonania instalacji II poziomu tryskaczy na powierzchni butików, wraz z wszelkimi prawami związanymi z wierzytelnością w tym roszczeniami o zaległe odsetki.

Pismami z 17 lutego 2006 r. Fundusz (...) S.A. wezwał do zapłaty (...) sp. z o.o. oraz (...) S.A. Wezwania do zapłaty zostały doręczone (...) sp. z o.o. 2 marca 2006 r. a (...) S.A. 20 lutego 2006 r. (...) S.A. w piśmie z 22.02.2006 r. odmówił zapłaty, powołując się na kwestionowanie wierzytelności przez (...) sp. z o.o. oraz brak prawidłowego powiadomienia go o zatrudnieniu podwykonawcy. (...) sp. z o.o. w piśmie z 3 marca 2006 r. odmówiła zapłaty z uwagi na brak prawidłowo wystawionych dokumentów finansowych, wykonanie ok. 70 % prac przez innego podwykonawcę oraz brak protokołu przerobowego. (...) sp. z o.o. oświadczyła, że nie wyraża zgody na cesję wierzytelności.

W motywach prawnych Sąd Okręgowy podniósł, że uprawnienie do przelewu wierzytelności wynikało z treści § 4 ust. 7 umowy z 3 października 2005 r. w związku z art. 509 § 1 k.c. , który uprawniał (...) sp. z o.o. (wykonawcę) do przeniesienia przysługującej jej wierzytelności wobec (...) sp. z o.o. (zamawiającego) bez pisemnej zgody, o ile zleceniodawca nie wywiązywał się z realizacji należnej faktury. (...) sp. z o.o. dokonała cesji wierzytelności na powoda po upływie terminu wymagalności faktur, gdy pozwana (...) sp. z o.o. opóźniała się już z ich zapłatą. W dacie złożenia przez (...) sp. z o.o. oświadczenia o przelewie wierzytelności, odpadło już ograniczenie zbywalności wierzytelności związane z zastrzeżeniem umownym i wierzytelność stała się zbywalną.

Zakres robót wykonanych przez (...) sp. z o.o. został udokumentowany, zgodnie z umową zawartą pomiędzy (...) sp. z o.o. i pozwanym (...) sp. z o.o., protokołami odbioru robót, potwierdzonymi przez wskazaną w umowie osobę reprezentującą zamawiającego na budowie. Protokoły odbioru były sporządzane przez podwykonawcę (...) sp. z o.o. systematycznie, w miarę wykonywania robót oraz weryfikowane przez reprezentującego pozwanego (...) sp. z o.o. kierownika robót, który przed ich podpisaniem powinien był dokonać obmiaru robót. Dlatego w ocenie Sądu Okręgowego przedstawione przez powoda protokoły odbioru robót firmy (...) sp. z o.o. są wiarygodnym dowodem na okoliczność zakresu prac wykonanych przez tego podwykonawcę. W toku postępowania strona pozwana nie podważyła rzetelności protokołów odbioru (...) sp. z o.o. gdyż ani przesłuchani świadkowie, ani biegły sądowy nie byli w stanie ustalić precyzyjnie w inny sposób zakresu prac przy instalacji tryskaczowej wykonanych przez poszczególnych podwykonawców pozwanego (...) sp. z o.o. Uzależnianie możliwości wystawienia faktur i zapłaty wynagrodzenia (...) sp. z o.o. od uzyskania potwierdzeń ilości zamontowanych tryskaczy II poziomu instalacji tryskaczowej przez

najemców lokali, w których miały zostać one zamontowane jak również od podpisania protokołu odbioru pomiędzy podwykonawcą (...) sp. z o.o. a generalnym wykonawcą nie znalazły żadnego uzasadnienia, według Sądu Okręgowego, ani w umowie, ani w obowiązujących przepisach. Zgodnie z § 4 ust. 1 i 4 oraz § 10 ust. 3 umowy zawartej pomiędzy podwykonawcami, (...) sp. z o.o. była uprawniona do wystawiania faktur częściowych na podstawie zaakceptowanych protokołów odbioru częściowych elementów robót, a termin zapłaty tych faktur wynosił 35 dni od daty doręczenia ich (...) sp. z o.o. W umowie tej strony wprost postanowiły, że odbiory częściowe elementów robót stanowią potwierdzenie jakości ich wykonania oraz ich zaawansowanie dla celów fakturowania. Z chwilą podpisania protokołów odbiorów częściowych przez osobę upoważnioną do reprezentacji (...) sp. z o.o. na budowie (...) sp. z o.o. była uprawniona do wystawienia faktur za odebrane elementy robót oraz żądania za nie wynagrodzenia. Protokoły odbioru podpisywał M. W., który został wskazany w § 7 ust. 1 umowy jako osoba reprezentująca zamawiającego na budowie, zatem zarzut strony pozwanej, że protokoły były podpisywane przez osobę nieuprawnioną, został przez Sąd Okręgowy uznany za bezpodstawny. Zgodnie z art. 642 § 1 i 2 k.c. w braku odmiennej umowy przyjmującemu zamówienie należy się wynagrodzenie w chwili oddania dzieła, lecz, jeżeli dzieło ma być oddawane częściami, a wynagrodzenie zostało określone za każdą część z osobna, wynagrodzenie należy się z chwilą spełnienia każdego ze świadczeń częściowych. Kierując się powyższymi motywami Sąd Okręgowy uznał za w pełni zasadne żądanie zapłaty wynagrodzenia w stosunku do pozwanego (...) sp. z o.o.

Sąd Okręgowy uzasadniając oddalenie powództwa w stosunku do (...) S.A. wskazał, że powód nie wykazał ani nawet nie twierdził, by pozwanemu (...) S.A. została kiedykolwiek przedstawiona umowa z podwykonawcą (...) sp. z o.o. lub jej projekt, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. W ocenie Sądu I instancji nie zostały spełnione przesłanki szczególnego trybu, w jakim może być wyrażona zgoda na zawarcie umowy z podwykonawcą, określona w art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 k.c. – przy wykładni tego o przepisu przytoczył uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2008 r. III CZP 6/08 (OSNC 2008, nr 11, poz. 121). W ocenie Sądu Okręgowego nie doszło również do wyrażenia przez wykonawcę zgody w sposób dorozumiany czynny poprzez czynności faktyczne. Dalej Sąd podniósł, że osoby reprezentujące pozwanego (...) S.A. na budowie wiedziały, że (...) sp. z o.o. wykonuje prace przy realizacji instalacji tryskaczowej jako dalszy podwykonawca podwykonawcy (...) sp. z o.o. i tolerowały ten fakt. Dla wyrażenia zgody określonej w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c., która pociąga za sobą ryzykowny i niekorzystny skutek odpowiedzialności za cudzy dług, konieczne jest by wykonawca miał wiedzę co najmniej o istotnych postanowieniach umowy pomiędzy podwykonawcą i dalszym podwykonawcą, albowiem one decydują o zakresie jego solidarnej odpowiedzialności. W niniejszej sprawie pozwanemu wykonawcy (...) S.A. nie był znany zakres robót powierzonych do wykonania dalszemu podwykonawcy (...) sp. z o.o., jak również wysokość należnego za te roboty wynagrodzenia. Pozwany (...) S.A. w żaden sposób nie współpracował bezpośrednio z dalszym podwykonawcą (...) sp. z o.o., a w szczególności nie dokonywał z nim ustaleń co do rodzaju, zakresu i sposobu wykonywania prac, nie odbierał od niego wykonanych robót i nie brał udziału w odbiorach robót przeprowadzanych przez podwykonawcę (...) sp. z o.o. W przekazanym (...) S.A. 13 października 2005 r. piśmie, zawiadamiającym o rozpoczęciu prac przez (...) sp. z o.o., jest tylko informacja, że firma ta będzie wykonywała prace przy realizacji instalacji tryskaczowej w zakresie opisanym w umowie nr (...). Jednak wobec braku przedstawienia (...) S.A. tej umowy nie była ona w stanie określić dokładnie zakresu prac tego dalszego podwykonawcy, ponieważ podwykonawca (...) sp. z o.o. realizowała prace przy instalacji tryskaczowej posługując się kilkoma dalszymi podwykonawcami. Powód nie wykazał, by pozwany (...) S.A. dokonywał z (...) sp. z o.o. bezpośrednio jakichkolwiek czynności, przy których miał możliwość ustalenia wysokości wynagrodzenia dalszego podwykonawcy, za które będzie ponosić solidarną odpowiedzialność. Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy oddalił powództwo w stosunku do pozwanego (...) S.A., uznając iż powód nie udowodnił, że doszło do skutecznego wyrażenia zgody przez tego pozwanego na zawarcie umowy z dalszym podwykonawcą, a tym samym nie zostały spełnione przesłanki odpowiedzialności solidarnej, wynikające z art. 647<sup>1</sup> § 2, 3 i 5 k.c.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu Sąd Okręgowy oparł na zasadzie wynikającej z art. 98 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniósł powód zaskarżając wyrok w części, w zakresie punktu drugiego i czwartego, podnosząc przy tym następujące zarzuty:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego, w szczególności art. 647<sup>1</sup> §2 i 3 k.c. poprzez uznanie, że wykonawca tj. pozwany (...) S.A. nie wyraził zgody w sposób dorozumiany, a ustalony stan faktyczny potwierdza, że pozwany miał pełną wiedzę co do zatrudnienia podwykonawcy i mógł w porę zareagować na jego obecność tzn. wezwać pozwanego ad. 1 do przedłożenia kompletu dokumentów bądź w braku dołączenia takich dokumentów zwolnić się z solidarnej odpowiedzialności.

2. naruszenie przepisów prawa procesowego w tym art. 233 k.p.c. poprzez błędną i niewszechstronną ocenę całokształtu materiału dowodowego, a szczególności pominięcie zeznań R. C., J. L., J. Z. a także świadków w osobach T. M. i J. S. które wbrew ustaleniu Sądu potwierdza, że pozwany ad. 2 miał pełną wiedzę co do zatrudnienia podwykonawcy i godził się na to, mógł w porę zareagować na jego obecność tzn. wezwać pozwanego ad. 1 do przedłożenia kompletu dokumentów bądź w braku dołączenia takich dokumentów zwolnić się z solidarnej odpowiedzialności.

Przy tak określonych zarzutach powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części przez zasądzenie od pozwanego (...) S.A. w G. solidarnie z pozwanym (...) sp. z o.o. w W. kwoty 437.796,21zł. wraz z ustawowymi odsetkami od kwot:

- 111.880,10 zł. od dnia 20 grudnia 2005 do dnia zapłaty,

- 139.433,31zł. od dnia 24 grudnia 2005 do dnia zapłaty,

- 186.482,8021. od dnia 29 grudnia 2005 do dnia zapłaty

ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i skierowanie sprawy do ponownego rozpoznania- w obu przypadkach wnosząc o zasądzenie kosztów postępowania.

Pozwany (...) S.A. na rozprawie apelacyjnej wniósł o oddalenie apelacji powoda w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego za drugą instancję.

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

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy prawidłowo poczynił ustalenia faktyczne w sprawie, które Sąd II instancji w pełni podziela i przyjmuje jako swoje.

Wbrew zarzutowi apelacji, w sposób właściwy zastosowano również prawo materialne, przede wszystkim art. 647<sup>1</sup> § 2 i 3 k.c.

Przepis art. 647<sup>1</sup> k.c. dotyczy możliwości powierzenia wykonania robót budowlanych podwykonawcy oraz odpowiedzialności m.in. generalnego wykonawcy za wynagrodzenie z tytułu prac wykonanych przez podwykonawcę, z którym nie łączy go żadna umowa.

W sprawie niniejszej powód- Fundusz (...) S.A. w C. (na skutek umowy cesji będący następcą prawnym podwykonawcy (...) sp. z o.o.) domagał się zasądzenia solidarnie od (...) S.A. (będącego generalnym wykonawcą) oraz (...) sp. z o.o. w W. (wykonawcy częściowego t.j. wykonawcy instalacji tryskaczowej) wynagrodzenia z tytułu umowy łączącej podwykonawcę (...) sp. z o.o.) z wykonawcą częściowym (...) sp. z o.o.) na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 2 i 3 k.c. Przedmiotem apelacji jest kwestia odpowiedzialności (...) S.A., w pozostałej części wyrok uprawomocnił się.



Solidarna odpowiedzialność generalnego wykonawcy wraz z wykonawcą częściowym, określona w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., na mocy powyższych przepisów, uzależniona jest od zgody generalnego wykonawcy na zawarcie umowy przez wykonawcę częściowego z podwykonawcą. Taka zgoda, oprócz sytuacji wyrażenia jej wprost, jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy, może być wyrażona w sposób opisany w art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 k.c. (fikcja prawna wyrażenia zgody) albo w sposób dorozumiany. W pierwszym przypadku wykonawca winien przedstawić generalnemu wykonawcy umowę zawartą z podwykonawcą lub jej projekt wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Jeżeli generalny wykonawca w terminie 14 dni nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Bezsporne jest, że spółka (...) nie przedstawiła (...) S.A. umowy, która łączyła go z (...). Z tego powodu nie można przyjąć, iż taka zgoda została wyrażona.

W drugim przypadku- zgodę generalnego wykonawcy można domniemywać na podstawie okoliczności faktycznych. Podzielając stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w zacytowanej przez Sąd Okręgowy uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2008r., III CZP 6/08 (OSNC 2008 nr 11 poz. 121), wskazać należy, iż wyrażenie zgody może nastąpić poprzez takie zachowanie generalnego wykonawcy, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę.

Jednakże trzeba mieć na względzie charakter prawny odpowiedzialności generalnego wykonawcy wynikającej z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. Jest to solidarna odpowiedzialność gwarancyjna za cudzy dług, co powoduje, że zobowiązany musi mieć wiedzę odnośnie zakresu swej odpowiedzialności, a co za tym idzie, posiadać wiedzę, co najmniej o essentialia negotii umowy łączącej wykonawcę częściowego z podwykonawcą.

W sytuacji, gdy podwykonawca powołuje się na okoliczność wyrażenia zgody przez generalnego wykonawcę w sposób dorozumiany, powinien on udowodnić nie tylko takie jego zachowanie, które wskazuje na wolę wyrażenia zgody, ale także okoliczność, iż generalny wykonawca znał co najmniej przedmiot umowy- jaki zakres prac powierzono podwykonawcy i jego wynagrodzenie, w tym również sposób jego ustalenia.

Sąd Okręgowy stwierdził, że osoby reprezentujące (...) S.A. na budowie wiedziały, że (...) sp. z o.o. wykonuje prace przy realizacji instalacji tryskaczowej jako podwykonawca (...) i tolerowały ten fakt. Zasadnie nie uznał tej okoliczności za wystarczającą do przypisania (...) S.A. odpowiedzialności za cudzy dług. Brak bowiem udowodnienia drugiej przesłanki, czyli że (...) S.A. znał postanowienia umowy łączącej (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o., chociażby w zakresie dotyczącym przedmiotu umowy i wynagrodzenia.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem strony apelującej, iż pozwany (...) S.A. powinien w porę zareagować na obecność podwykonawcy na budowie (wezwać (...) do przedłożenia stosownych dokumentów), a jeżeli tego nie zrobił, to ponosi odpowiedzialność z art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. Taki obowiązek nie wynika z przepisów, natomiast dokonując wykładni art. 647<sup>(1)</sup> k.c. należy mieć na względzie, iż przepis ten ma na celu ochronę podwykonawcy, wobec czego to podwykonawca winien zadbać o swe interesy i spowodować, by generalny wykonawca mógł zapoznać się z treścią umowy łączącej podwykonawcę z wykonawcą częściowym. Brak jest podstaw do przyjęcia, że generalny wykonawca musi podjąć jakieś działania w celu uwolnienia się od odpowiedzialności.

Wbrew kolejnemu zarzutowi apelacji, Sąd Okręgowy dokonał prawidłowej i wszechstronnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego. Z dowodów w sprawie, w tym również zeznań świadków przywołanych w apelacji: R. C. (2), J. L. (2), J. Z. (2), T. M. (1) i J. S. (1) wynika, iż od października 2005r. pracownicy firmy (...) S.A. posiadali wiedzę, że (...) zatrudnia podwykonawców, w tym również firmę (...) sp. z o.o. Zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu (art. 6 k.c.) to na powódzie spoczywa obowiązek wykazania, że pozwany, choćby w sposób dorozumiany wyraził zgodę na zatrudnienie firmy (...), a mógł to uczynić w przypadku, gdy posiadał świadomość co do zakresu swojej ewentualnej odpowiedzialności. Tymczasem brak jest dowodów na okoliczność, że (...) znał treść umowy łączącej (...) i (...), chociażby w zakresie istotnych postanowień umownych. Zauważyć należy również, że z materiału dowodowego wynika, iż prace przy instalacji tryskaczowej wykonywało kilku podwykonawców, zaś (...) kilkakrotnie pisemnie zapewniał generalnego wykonawcę, że wykonuje je siłami własnymi. Podkreślenia wymaga

również okoliczność, że (...) nie zachował trybu zawiadomienia o zatrudnieniu podwykonawcy wynikającego z umowy łączącej go z (...) S.A.

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd Apelacyjny oddalił apelację jako bezzasadną na podstawie art. 385 k.p.c.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu oparto na mocy art. 98 § 1 i 3 k.p.c.